

Magdalena Söllner*

Die prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

Abstract

Fachgerichte verfügen regelmäßig einstweilig, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgehört) je einbezogen wurde. Dieser Verfahrensverstöß kann nicht vor den Fachgerichten gerügt werden, schon weil er aufgrund der Heilung im Widerspruchsverfahren nicht geprüft wird.

Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz wirkt diesem Problem im Verfügungsverfahren partiell entgegen: Der Antragsgegner kann mittels Verfassungsbeschwerde einen Verstoß gegen sein Recht auf prozessuale Waffengleichheit feststellen lassen, muss hierfür aber einen systematischen Verstoß des Fachgerichts darlegen. Durch eine Eilanordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann der Antragsgegner zudem erreichen, dass das *BVerfG* die Verfügung aufhebt oder außer Vollzug setzt, bis über den Widerspruch entschieden ist.

Das *BVerfG* kann und will indes keinen Individualrechtsschutz leisten. Auch um das *BVerfG* zu entlasten, ist die Lösung auf fachgerichtlicher Ebene zu suchen.

* Die Verfasserin studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Diesem Beitrag zugrunde liegt eine Studienarbeit im Schwerpunktbereich 7: Zivilverfahrensrecht. Er bespricht zugleich: *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 und Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020. Gedankt sei Prof. Dr. Andreas Piekenbrock für seine Anmerkungen und Hinweise. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Louise Kunovic.

A. Problemaufriss

Im einstweiligen Verfügungsverfahren treten das Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz und der Schutz des Antragsgegners vor Verfahrensfehlern in Konflikt. In dringenden Fällen eröffnet § 937 Abs. 2 Var. 1 ZPO Eilverfahren ohne mündliche Verhandlung. Die fachgerichtliche Praxis¹ macht diese Ausnahme zur Regel,² indem Beschlussverfügungen standardmäßig ohne mündliche Verhandlung erlassen werden.³ Die *ex parte*-Beschlussverfahren finden ihre Spitze aber darin, dass die Fachgerichte regelmäßig verfügen, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgerichtlich) je einbezogen worden ist.⁴

Diese Praxis berücksichtigt einseitig das Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz. Der Antragsgegner jedoch ist bis zur Entscheidung über seinen Widerspruch ohnmächtig: Er kann seine prozessualen Waffen nicht schwingen. In der Zeit zwischen Erlass der Verfügung und ihrer Aufhebung nach Widerspruch drohen dem Antragsgegner bereits erhebliche wirtschaftliche Schäden, beispielsweise muss er einen Presseartikel zurückziehen⁵ oder darf bestimmte Produkte nicht mehr vertreiben.⁶ Der Antragsgegner ist aber bis zur

¹ Das *LG München* räumt sogar ein, dass die fachgerichtliche Praxis den Grundsatz der Mündlichkeit „negiert“, *LG München*, Urt. v. 24.1.2017 – 33 O 7366/16, GRUR-RS 2017, 101694, Rn. 15.

² *Fedderson*, Das summarische Verfahren und seine Entscheidung, in: *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2015, 55. Kap., S. 781, Rn. 2a.

³ Beispielsweise: *LG Köln*, Verf. v. 10.7.2017 – 28 O 200/17, BeckRS 2017, 124394, Rn. 1; *OLG Hamburg*, Beschl. v. 5.10.2017 – 7 W 108/17, BeckRS 2017, 142420.

⁴ Beispielsweise: *LG Köln*, Verf. v. 10.7.2017 – 28 O 200/17, BeckRS 2017, 124394, Rn. 1; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 25; *LG Berlin*, Beschl. v. 30.4.2020 – 27 O 169/20; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2024), Rn. 23.

Teilweise erteilten die Gerichte sogar Hinweise nur an den Antragsteller: *LG Berlin*, Beschl. v. 27.10.2020 – 27 O 374/20; *OLG Hamburg*, Beschl. v. 29.10.2020 – 7 W 127/20, GRUR-RS 2020, 40566. Kritisch dazu *Teplitzky*, Gerichtliche Hinweise im einseitigen Verfahren zur Erwirkung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung, GRUR 2008, 34 (37 f.); *ders.*, Verfahrensgrundrechte im Recht der einstweiligen Verfügung, WRP 2016, 1181 (1186), Rn. 25 f.; *ders.*, Neuer Rechtsschutz gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten beim Erlass einstweiliger Verfügungen, WRP 2017, 1163 (1166), Rn. 16 ff.

⁵ Auch wenn die Verfügung aufgehoben werden sollte, lassen sich gerade im Presse- und Äußerungsrecht die Folgen einer Untersagung nicht mehr aufheben, *Rauscher*, in: *MüKo-ZPO*, 6. Aufl. 2020, vor § 1 Rn. 305.

⁶ Schäden drohen auch, weil die betroffenen Produkte im Anschluss an die Rücknahme der Verfügung wieder in den Verkehr gebracht und etwa ein verlorener Kundenkreis

Entscheidung über den Widerspruch ohne Primärrechtsschutz, und auch der Schadensersatz nach § 945 ZPO bietet keinen sicheren Ausgleich. Denn eine Bezifferung der Schäden kann im Presse- und Lauterkeitsrecht⁷ äußerst schwierig sein.⁸

Der fehlenden Einbeziehung des Antragsgegners tritt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung seit 2018 entgegen:⁹ Sie sieht ihn in seinem Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt. Dieses Verfahrensrecht kann der Antragsgegner im Zeitpunkt seiner Verletzung jedoch immer noch nicht wirksam durchsetzen. Denn hierfür gibt es weiterhin keinen fachgerichtlichen Rechtsbehelf, und die verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe kommen in aller Regel zu spät.

Um die prozessuale Ohnmacht des Antragsgegners zu verdeutlichen, ist zunächst der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit zu beleuchten, insbesondere hinsichtlich seiner Funktion im Verfügungsverfahren (**B.**). Die anschließende Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt, dass das *BVerfG* die prozessuale Waffengleichheit im Verfügungsverfahren nicht ausreichend schützen kann und will (**C.**). Infolgedessen müssen die Fachgerichte die prozessuale Waffengleichheit wahren, wofür insbesondere der Gesetzgeber gefragt ist (**D.**). Der Beitrag schließt mit dem Fazit, dass es allein effektiv wäre, die Wirkung der ursprünglichen Beschlussverfügung bloß wegen Verstoßes gegen die Waffengleichheit ohne weitere Prüfung in der Sache aufzuheben bis der Antragsgegner vortragen konnte. Er erhielte so Primärrechtsschutz und wäre nicht bloß auf Schadensersatz verwiesen (**E.**).

B. Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren

Da der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit nicht explizit im Grundgesetz oder der Zivilprozessordnung aufgestellt wird, sind nach einer Definition (**I.**) zunächst seine dogmatische Einordnung (**II.**) und seine verfassungsrechtlichen Grundlagen (**III.**) zu beleuchten. Das *BVerfG* nahm 2018 Verfassungsbeschwerden, die eine Verletzung des Rechts auf prozessuale

zurückgewonnen werden muss, *LG Düsseldorf*, Urt. v. 23.10.2018 – 4c O 53/18, BeckRS 2018, 26337, Rn. 114.

⁷ Die bisherigen Beschwerden vor dem *BVerfG* betrafen Fälle aus diesen Rechtsgebieten.

⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 19.

⁹ Erstmals: *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

Waffengleichheit rügen, zur Entscheidung an, um der prozessualen Ohnmacht des Antragsgegners im Verfügungsverfahren entgegenzuwirken (IV.).

I. Definition: Waffengleichheit im Prozess

Die prozessuale Waffengleichheit führte lange Zeit nur ein „Schattendasein“¹⁰ im Prozessrecht, ist heute aber als zivilprozessualer Grundsatz allgemein anerkannt.¹¹ Als das *BVerfG* 1979 im Arzthaftungsbeschluss¹² erstmals die Waffengleichheit diskutierte, war ihr Umfang noch strittig.¹³ Im *common law* kommt der prozessualen Waffengleichheit dagegen seit jeher erhebliche Bedeutung zu.¹⁴ Dort *wacht* der Richter primär über den Streit der Parteien; hierfür müssen gleiche Kampfbedingungen sichergestellt werden.¹⁵

Ähnlich hierzu sichert nach der Rechtsprechung des *BVerfG* von 2018 der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit „verfassungsrechtlich die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter, der [...] den Prozessparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen hat, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbstständig geltend zu machen.“¹⁶

Das *BVerfG* stellte bislang fest, dass die prozessuale Waffengleichheit, neben dem Presserecht¹⁷, jedenfalls auch im Lauterkeitsrecht¹⁸ anwendbar sei. Da die

¹⁰ Schlosser, EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozeß, NJW 1995, 1404 (1404).

¹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14; Jung, Waffengleichheit im Zivilprozeß, 1. Aufl. 1990, S. 212 f.; Musielak, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 31; Rauscher, in: MüKo-ZPO (Fn. 5), vor § 1 Rn. 279; Vollkommer, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime?, in: FS Schwab, 1990, S. 503 (519).

¹² *BVerfG*, Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 (143 ff.).

¹³ Vier der acht Richter nahmen wegen unzulänglicher Beachtung der Waffengleichheit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sowie gegen Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG an. Dagegen gingen die anderen vier Richter davon aus, dass sich die Waffengleichheit in der Gleichwertigkeit der Parteien vor dem Richter erschöpfe und sich darüber hinaus keine verfassungsrechtlichen Folgen herleiten ließen. Aufgrund der Patt-Situation nach § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG wurde keine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit festgestellt, *BVerfG*, Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 (143 ff.).

¹⁴ Zuckerman, Civil Procedure, 2. Aufl. 2021, Rn. 3.1, 3.160.

¹⁵ *Ebd.*

¹⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14.

¹⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

¹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3024), Rn. 6, 7.

Waffengleichheit ein grundrechtsgleiches Recht ist,¹⁹ das sich auf verschiedene zivilprozessuale Aspekte erstreckt,²⁰ gilt sie darüber hinaus für alle Rechtsbereiche;²¹ insbesondere im geistigen Eigentum.²² In der Folge der vom *BVerfG* geforderten Gleichbehandlung der Parteien im Verfügungsverfahren,²³ ist das Verfügungsverfahren ein kontradiktorisches, das *ex parte* erlassene einstweilige Verfügungen ausschließt.²⁴

II. Dogmatische Einordnung der prozessualen Waffengleichheit

Die Charakterisierung des Verfügungsverfahrens als kontradiktorisch überzeugt in Hinblick auf die Dogmatik des grundrechtsgleichen Rechts der prozessualen Waffengleichheit. Während sich *Bötticher*²⁵ für ein ausschließlich formelles Recht ausspricht, *Vollkommer*²⁶ und *Schack*²⁷ sich dagegen für ein materielles Verständnis positionieren, nimmt *Zuck* ein Grundrecht *sui generis* an, das formelle und materielle Elemente verschränkt.²⁸

Richtigerweise umfasst die Waffengleichheit beide Elemente: In formeller Hinsicht sind die Parteien im Prozess gleich zu stellen; es dürfen grundsätzlich keine Unterschiede allein danach gemacht werden, ob eine Partei als Kläger oder

¹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 12.

²⁰ Es erstrecke sich u. a. auf das Beweisrecht und die Angleichung des Rechtsschutzes bemittelter und unbemittelter Parteien, vgl. *Piekenbrock/Kienle*, ZPO-Examinatorium, 2. Aufl. 2016, Rn. 31.

²¹ So auch *Mantz*, Erfahrungen mit dem Recht auf Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren, WRP 2020, 416 (417), Rn. 5.

²² So auch *Beyer*, Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit in einstweiligen Verfügungsverfahren gilt auch im Wettbewerbsrecht, jurisPR-ITR 20/2019 Anm. 6, unter D; *Herrmann*, BVerfG: Waffengleichheit im Eilrechtsschutz gilt auch im Wettbewerbsrecht, IPRB 2020, 198 (198); *Kelp*, Die prozessuale Waffengleichheit im Verfahren der einstweiligen Verfügung, IPRB 2019, 88 (88); *Laucke*, Im Zweifel ist der Gegner anzuhören: Der Grundsatz der Waffengleichheit gilt auch im wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren, AnwBl BE 2020, 467 (468); *Lerach*, Abenddämmerung für die Beschlussverfügung?, Anmerkung zu BVerfG 1. Senat 3. Kammer, stattgebender Kammerbeschluss v. 30.9.2018 - 1 BvR 2421/17, jurisPR-WettBR 11/2018 Anm. 1, unter D.

²³ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14.

²⁴ So auch *Vollkommer*, Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der prozessualen Waffengleichheit im Presserecht, MDR 2019, 965 (967); *Zuck*, Das verfassungsrechtliche Fundament der prozessualen Waffengleichheit, EuGRZ 2020, 1 (5).

²⁵ *Bötticher*, Die Gleichheit vor dem Richter, 1954, S. 9 ff.

²⁶ *Vollkommer* (Rn. 11), S. 519 f.

²⁷ *Schack*, Waffengleichheit im Zivilprozess, ZZZP 129 (4), 393 (494, 415).

²⁸ *Zuck* spricht in der Folge von einem „Fairness-Verfahrensgrundrecht“, *Zuck* (Fn. 24), S. 8.

als Beklagter auftritt.²⁹ In materieller Hinsicht hat das Verfahren die Chancengleichheit bei der Durchsetzung der subjektiven Rechte im Prozess zu gewährleisten,³⁰ insoweit ist die Waffengleichheit „gerechtigkeitstrukturiert“³¹. Nur ein kontradiktorisches Verfügungsverfahren zwischen gleichberechtigten Parteien kann diesen Anforderungen gerecht werden.

III. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Dass die Waffengleichheit in dogmatischer Hinsicht materielle und formelle Elemente verschränkt, spiegelt sich auch bei der Bestimmung ihrer verfassungsrechtlichen Grundlagen wider.

Das *BVerfG* betrachtet die prozessuale Waffengleichheit als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes, wobei der Richter die Verfahrensgarantie aus Art. 103 Abs. 1 GG zu berücksichtigen habe.³² Laut *BVerfG* ist das rechtliche Gehör als prozessuales Unrecht³³ eine „besondere Ausprägung der Waffengleichheit“.³⁴ Die Waffengleichheit soll jeder Partei eine angemessene Nutzung ihres Gehörs ermöglichen.³⁵

Dagegen dient Art. 3 Abs. 1 GG nur der Ergänzung um ein materielles Gerechtigkeitselement³⁶ und ist nicht, wie teilweise angenommen,³⁷ eine

²⁹ So auch *Vollkommer* (Rn. 11), S. 516.

³⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 27; *Jung* (Fn. 11), S. 212.

³¹ *Zuck* (Fn. 24), S. 8.

³² *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 27.

³³ So bezeichnet die Rechtsprechung den Grundsatz, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 18.6.1985 – 2 BvR 414/84, BVerfGE 70, 180 (188), unter II a). Schwab bezeichnet ihn als „Magna Charta des gerichtlichen Verfahrens“, vgl. *Schwab/Gottwald*, *Verfassung und Zivilprozess*, 1. Aufl. 1984, S. 49.

³⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 15 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 28.

³⁵ So auch *Rauscher*, in: MüKo-ZPO (Fn. 5), vor § 1 Rn. 279.

³⁶ So auch *Zuck* (Fn. 24), S. 6.

³⁷ So noch *BVerfG*, Beschl. v. 6.6.2017, – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17, NJW 2017, 2985 (2986), Rn. 8; auch *Pickenbrock/Kienle* (Fn. 20), Rn. 31; *Schack* (Rn. 27), S. 394 will sogar den Begriff der Waffengleichheit durch Chancengleichheit austauschen. Allerdings ist eine materielle Gleichstellung der Prozessparteien faktisch gar nicht möglich: Während der Kläger Zeit und Umfang des Angriffs, Verfahrensart und bei Konkurrenz mehrerer Gerichtsstände auch das zur Entscheidung berufene Gericht bestimmt, privilegiert das Gesetz den Beklagten, indem es grundsätzlich einem für ihn vorteilhaften Gerichtsstand vorschreibt, vgl. §§ 12, 13, 17 ZPO. So schon *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.1959 – 1 BvR 154/55, BVerfGE 9, 124 (130): „Vollständige Chancen- und Waffengleichheit ist nicht zu erreichen.“

eigenständige Grundlage der Waffengleichheit. Denn Art. 3 Abs. 1 GG als rein materielles Grundrecht ist als Grundlage nicht ausreichend, um die formellen Elemente der Waffengleichheit zu stützen.

Aus der Dogmatik der Waffengleichheit lässt sich das Fairnessgebot als weiteres Fundament ableiten.³⁸ Das *BVerfG* greift unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das Gebot der „fairen Anhörung“³⁹ zurück.⁴⁰ Der *EGMR* erwähnte erstmals 1968 den in Art. 6 Abs. 1 EMRK niedergelegten Begriff des fairen Verfahrens.⁴¹ 25 Jahre später definierte er die „Waffengleichheit“ dahingehend, „dass jeder Partei eine vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden muss, ihren Fall [...] vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zum Prozeßgegner bedeuten.“⁴² Auch dem *BVerfG* ging es 2018 darum, den Prozessparteien gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen, ihre Verfahrensziele zu erreichen.⁴³ Damit ist der Richter verpflichtet, Waffengleichheit gerade als Element des fairen Verfahrens zu gewährleisten.⁴⁴

IV. Grund für den Rückgriff auf die prozessuale Waffengleichheit im Verfügungsverfahren

Das *BVerfG* griff 2018⁴⁵ auf den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit zurück, da die fachgerichtliche Praxis einstweiliger Verfügungen den Antragsgegner vor zwei Probleme stellen kann, die ihn prozessual ohnmächtig machen:

³⁸ So auch *Zuck* (Fn. 24), S. 8; ähnlich auch *Conrad/Hassel*, Rechtliches Gehör und Waffengleichheit im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, IPRB 2020, 139 (140).

³⁹ *EGMR*, *Dombo Bebeer B.V. v. Niederlande*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 Rn. 32.

⁴⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 16 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 29.

⁴¹ „(N)otion of fair trial (procès équitable) mentioned in Article 6 (1)“, *EGMR*, *Neumeister v. Österreich*, Urt. v. 27.6.1968, Rs. 1936/63, BeckRS 1968, 105102, Rn. 215.

⁴² *EGMR*, *Dombo Bebeer B.V. v. Niederlande*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 (1413), Rn. 33.

⁴³ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 27.

⁴⁴ So auch *Jung* (Fn. 11), S. 213; *Zuck* (Fn. 24), S. 8; ähnlich *Conrad/Hassel* (Fn. 38), S. 140.

⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

Erstens verfügen die Fachgerichte regelmäßig, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgerichtlich) je einbezogen worden ist.⁴⁶ Die Einbeziehung wird im Widerspruchsverfahren nachgeholt und so der ihr zugrunde liegende Verstoß des rechtlichen Gehörs geheilt (1.).

Zweitens kann der Antragsgegner seine fehlende Einbeziehung nicht vor den Fachgerichten rügen, schon weil dieser Verfahrensverstoß aufgrund der Heilungsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren bei keinem der fachgerichtlichen Rechtsbehelfe geprüft wird (2.).

Das *BVerfG* versuchte 2018 beiden Problemen Abhilfe zu verschaffen, indem es zuließ, dass sich der Antragsgegner im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen einen Verstoß seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit richtet (3.).

1. Ständige Rechtsprechung des *BVerfG*: Heilung von Gehörsverstößen

Die Heilung eines Gehörsverstoßes durch Anhörung, beispielsweise im Widerspruchsverfahren, beruht auf der ständigen Rechtsprechung der *Senate des BVerfG*.⁴⁷ Diese ständige Rechtsprechung konnte die *3. Kammer des Ersten Senats* bei ihren Entscheidungen 2018⁴⁸ zum Verfügungsverfahren nicht ändern.⁴⁹ Laut *Bornkamm* ist dies der eigentliche Grund dafür, dass die *Kammer* 2018 auf die prozessuale Waffengleichheit zurückgriff.⁵⁰ Ihm ist insoweit zuzustimmen, als das *BVerfG*, wollte es den Verfahrensfehler prüfen, nicht umhinkam, eine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit – ohne deren Heilungsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren – anzunehmen.⁵¹

⁴⁶ Beispielsweise: *LG Köln*, Verf. v. 10.7.2017 – 28 O 200/17, BeckRS 2017, 124394, Rn. 1; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 25; *LG Berlin*, Beschl. v. 30.4.2020 – 27 O 169/20; vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2024), Rn. 23.

⁴⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 25.5.1956 – 1 BvR 53/54, BVerfGE 5, 9 (10); Beschl. v. 15.5.1956 – 1 BvR 128/56, BVerfGE 5, 22 (24); Beschl. v. 29.6.1965 – 1 BvR 289/62, BVerfGE 19, 93 (99); Beschl. v. 7.10.1981 – 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208 (222).

⁴⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

⁴⁹ Nur eine Senatsentscheidung wäre dazu imstande, die ständige Rechtsprechung zu ändern.

⁵⁰ *Bornkamm*, Das Ende der ex-parte-Verfügung auch im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Machtwort des BVerfG zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren, GRUR 2020, 715 (721 f.).

⁵¹ Damit das *BVerfG* den Verfahrensfehler prüfen konnte, musste es einen Weg finden, die Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung anzunehmen. Bislang war das nicht möglich, da das *BVerfG* den Beschwerdeführer zur Rechtswegerschöpfung auf das Widerspruchsverfahren zu verweisen hatte; siehe auch *Bornkamm* (Fn. 50), S. 721 f.

2. Kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf

Über *Bornkamms* Annahme hinaus ging es dem *BVerfG* aber vor allem um eine Gelegenheit, sich zur Praxis der Fachgerichte äußern zu können. Denn die Fachgerichte können den Antragsgegner prozessual ohnmächtig machen: Der Antragsgegner kann seine fehlende Einbeziehung nicht vor den Fachgerichten rügen, schon weil dieser Verfahrensverstöß aufgrund der Heilungsmöglichkeit bei keinem der fachgerichtlichen Rechtsbehelfe geprüft wird.

a) Im Widerspruchsverfahren wird ein Verfahrensverstoß nicht geprüft

Im Widerspruchsverfahren ist wegen §§ 936, 925 I ZPO nur über die Rechtmäßigkeit der Verfügung im Zeitpunkt der nun erfolgenden mündlichen Verhandlung zu entscheiden.⁵² Es findet keine Überprüfung bisheriger Verfahrensfehler statt.⁵³ Eine Verletzung der prozessualen Waffengleichheit als solche kann also nicht geltend gemacht werden.⁵⁴

Auch wirkt sich der Verfahrensverstoß in Folge der Heilung im Widerspruchsverfahren nicht materiell aus: Regelmäßig wäre bei einem verfahrensfehlerfreien Vorgehen keine andere Entscheidung in der Sache zu erwarten gewesen.⁵⁵ Die Möglichkeit, die einseitig erlassene Verfügung aufzuheben und sodann inhaltsgleich, aber verfahrensfehlerfrei neu zu erlassen, wird als „unnütze Förmerei“⁵⁶ verworfen.

Durch einen Widerspruch kann der Antragsgegner das Verfahren fortsetzen. Der Verfahrensverstoß führt aber schon in der Zeit ab Erlass der Verfügung zu prozessualer Ungerechtigkeit, die bis zur Entscheidung im Widerspruchsverfahren bestehen bleibt. Diese Gerechtigkeit kann nur hergestellt werden, wenn die Wirkung der Verfügung bis zur Beseitigung des Verfahrensfehlers außer Vollzug gesetzt wird. Dem Antragsgegner geht es also darum, die Wirkung der Verfügung so lange aufzuheben – insbesondere das ihm durch die Verfügung verbotene Verhalten wiederaufnehmen zu können –, bis ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde. Die Vollziehung der

⁵² So auch *OLG Köln*, Beschl. v. 8.10.2018 – I-15 U 110/18, NJW-RR 2019, 240 (241 f.), Rn. 10; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.2.2019 – 15 U 45/18, BeckRS 2019, 5570, Rn. 9.

⁵³ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.2.2019 – 15 U 45/18, BeckRS 2019, 5570, Rn. 9.

⁵⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 25.

⁵⁵ So auch *OLG Köln*, Beschl. v. 8.10.2018 – I-15 U 110/18, NJW-RR 2019, 240 (241 f.), Rn. 10.

⁵⁶ *Ebd.*

Verfügung wird aber durch den Widerspruch nach §§ 936, 924 Abs. 3 S. 1 ZPO nicht gehemmt.

b) Keine (analoge) Anwendung von § 321a ZPO

Nach seinem Wortlaut verschafft § 321a ZPO nur Abhilfe bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; insoweit erfolgt aber die Heilung im Widerspruchsverfahren. *Kettinger* argumentiert für eine Korrekturmöglichkeit über § 321a ZPO – im Interesse wirksamen Rechtsschutzes und der Entlastung des *BVerfG* – auch bei der Verletzung der Waffengleichheit.⁵⁷

Entscheidend gegen *Kettinger* spricht, dass die Rechtsfolge des § 321a ZPO dem Antragsgegner im Verfügungsverfahren keine Abhilfe verschaffen könnte: Nach § 321a Abs. 1 S. 1 ZPO kann eine Fortführung des Verfahrens erreicht werden. Dies kann der Antragsgegner auch durch Einlegung des Widerspruchs erzielen. Ihm geht es aber darum, die Wirkung der einstweiligen Verfügung aufzuheben, bis ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde. Zudem kommt ausweislich der Gesetzesmaterialien⁵⁸ eine analoge Anwendung des § 321a ZPO nicht in Betracht.⁵⁹

3. Lösung des *BVerfG*

Das *BVerfG* erkannte 2018 an, dass der Antragsgegner, der vor Verfügungserlass nicht einbezogen wurde, regelmäßig machtlos, nämlich ohne prozessuale Waffen dasteht.⁶⁰ In der Folge ließ das *BVerfG* die Verfassungsbeschwerde wegen dieser Verletzung der prozessualen Waffengleichheit zu.⁶¹

⁵⁷ *Kettinger*, Die Verletzung von Verfahrensgrundrechten – Die Flucht des Gesetzgebers vor seiner Verantwortung, ZPR 2006, 152 (154 f.).

⁵⁸ BT-Drucks. 15/3706, S. 13 (14), A II 4. *Kettinger* (Fn. 57), S. 153 f. kritisiert diese Zurückhaltung des Gesetzgebers als äußerst bedenklich.

⁵⁹ Entspricht der h.M.: *BGH*, Beschl. v. 13.12.2007 – I ZR 47/06, NJW 2008, 2126 (2127), Rn. 5; Urt. v. 4.3.2011 – V ZR 123/10, NJW 2011, 1516 (1516), Rn. 9; Beschl. v. 27.4.2017 – I ZB 34/15, GRUR-RR 2017, 416 (416), Rn. 5; *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 44, Stand: 1.3.2022, § 321a Rn. 21; *Musielak*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 321a Rn. 18; *Musielak*, in: *Musielak/Voit* (Fn. 11), § 321a Rn. 6; *Vollkommer*, in: *Zöller*, 34. Aufl. 2022, § 321a Rn. 3b m. w. N.; Andere Ansicht: *BGH*, Beschl. v. 19.5.2004 – IXa ZB 182/03, NJW 2004, 2529 (3529 f.); Beschl. v. 19.1.2006 – I ZR 151/02, NJW 2006, 1978 (1978 f.), Rn. 6 (letztlich aber offen gelassen); *Gravenhorst*, Anhörungsrügensgesetz und Arbeitsgerichtsverfahren, NZA 2005, 24 (27); *Kettinger* (Fn. 57), S. 155; *Kroppenberg*, Zum Rechtsschutzbereich der Rüge gemäß § 321a ZPO, ZZP (2003) 116, 421 (425 ff.).

⁶⁰ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3631 f.), Rn. 10 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 23.

⁶¹ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3631), Rn. 9 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 22.

Auch das *BVerfG* kann regelmäßig nicht für Linderung auf Primärebene sorgen, weil es schlicht zu spät kommt. Durch Annahme der Verfassungsbeschwerden schuf sich das *BVerfG* aber Gelegenheit, eine „vielerorts fragwürdige gerichtliche Praxis“⁶² zu kritisieren und in der Folge Leitlinien anzugeben, damit die Fachgerichte von vornherein die Verletzung des Rechts auf Waffengleichheit verhindern können.

4. Zwischenergebnis: Rückgriff auf die Waffengleichheit ist konsequent

Infolge der Qualifizierung der prozessualen Waffengleichheit als grundrechtsgleiches Recht⁶³ war es nur konsequent, auch eine Verfassungsbeschwerde zuzulassen.⁶⁴ Die einfachrechtlichen Verfahrensverstöße indizieren bereits eine Verletzung des Prozessgrundrechts.⁶⁵ Jedoch kann und möchte das *BVerfG* sich insoweit nicht zu einem allgemeinen Rechtsmittelgericht für Verletzungen der prozessualen Waffengleichheit machen, sondern der systematischen Praxis der Fachgerichte entgegenzutreten.

C. Kein Rechtsschutz über die verfassungsgerichtliche Ebene

Mit der „Übernahme der Lufthoheit“⁶⁶ im Jahr 2018⁶⁷ verschaffte sich das *BVerfG* vor allem Gelegenheit, Leitlinien für die Fachgerichte aufzustellen. Einen Rechtsschutz für die Antragsgegner im Einzelfall konnte das *BVerfG* kaum erreichen.

Das zeigt sich schon daran, dass die Rechtsbehelfe zur Geltendmachung der prozessualen Waffengleichheit systematisch ungeeignet sind (**I.**). Zudem lassen die einzelnen Voraussetzungen der Rechtsbehelfe (**II.**) und die Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (**III.**) auf einen nur vereinzelt bestehenden Rechtsschutz schließen. Im Ergebnis erschöpft sich die Wirkungsmacht des *BVerfG* in einem Appell an die Fachgerichte (**IV.**).

⁶² Härting, ITRB 2019, 165 (168).

⁶³ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 12.

⁶⁴ Vgl. Forderung findet sich schon bei *Eslami/Steinrötter*, Waffengleichheit im Zivilprozess – Diskussionsbericht, ZZP 129 (4), 417 (417).

⁶⁵ *Eslami/Steinrötter* (Fn. 64), S. 417; Die einfachrechtlichen Verstöße führen aber nicht ohne weiteres zu einer sanktionswürdigen Grundrechtsverletzung, *Teplitzky* (Fn. 4), S. 1655, Rn. 13.

⁶⁶ *Vollkommer* (Fn. 24), S. 967.

⁶⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

I. Verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe sind systematisch ungeeignet

Dem Antragsgegner stehen zwei verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung: Zum einen kann er sich im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen eine Verletzung seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit wegen unzureichender Einbeziehung im Verfügungsverfahren richten.⁶⁸ Der Antragsgegner kann so einen Verstoß feststellen lassen, auch nachdem über seinen fachgerichtlichen Rechtsbehelf entschieden ist. Zum anderen kann er über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG erwirken, dass das *BVerfG* die einstweilige Verfügung aufhebt oder außer Vollzug setzt, bis über seinen fachgerichtlichen Widerspruch entschieden ist.⁶⁹

Die verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe sind aber systematisch ungeeignet, um dem Antragsgegner im Verfügungsverfahren eine Geltendmachung seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit zu gewähren, ja nicht einmal die erfolgte Rechtsverletzung zu verkürzen. Denn mittels Verfassungsbeschwerde und auch Eilanordnung kann die Verletzung der Waffengleichheit regelmäßig nur festgestellt, nicht aber beseitigt werden.⁷⁰ Jedenfalls dauern durchschnittliche Beschwerdeverfahren vor dem *BVerfG* ein bis zwei Jahre⁷¹ und auch die Eilverfahren in der Regel mindestens einen Monat.⁷² Währenddessen haben Verfassungsbeschwerde und Eilantrag keine aufschiebende Wirkung; die einstweilige Verfügung wird also weiterhin vollzogen;⁷³ mithin kommen die Rechtsbehelfe regelmäßig zu spät.

⁶⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

⁶⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022), Rn. 13.

⁷⁰ Zur Verfassungsbeschwerde: *BVerfG*, Beschl. v. 6.6.2017 – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17, NJW 2017, 2985 (2986), Rn. 11; Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (991), Rn. 26; Zur Eilanordnung: *BVerfG*, Beschl. v. 23.8.2017 – 1 BvR 1783/17, BeckRS 2017, 123654 Rn. 10; Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (991), Rn. 23.

⁷¹ *Zuck* (Fn. 24), S. 9.

⁷² Beispielsweise setzte *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 die Verfügung des *LG Berlin* v. 30.4.2020 – 27 O 169/20 außer Vollzug; *BVerfG*, Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380 setzte die Verfügung des *LG Berlin* v. 12.5.2020 – 27 O 196/20 und *BVerfG*, Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 die Verfügung des *LG Berlin* v. 27.10.2020 – 27 O 374/20 außer Vollzug.

⁷³ *Zuck* (Fn. 24), S. 9. f.

II. Voraussetzungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe

Ist die prozessuale Waffengleichheit verletzt, ist damit eine verfassungsgerichtliche Entscheidung noch nicht sicher: Die hohen Anforderungen an die verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe lassen im Ergebnis nur gelegentlich Schutzersuchen zum *BVerfG* zu. Bei der Verfassungsbeschwerde ist zwar der Rechtsweg zum *BVerfG* problemlos erschöpft (1.).⁷⁴ Allerdings ist regelmäßig die Darlegung eines hinreichenden Feststellungsinteresses erforderlich, die dem Beschwerdeführenden nur bei einem systematischen Verstoß des jeweiligen Fachgerichts möglich ist (2.). Hinsichtlich der einstweiligen Anordnung besteht für das Darlegungserfordernis eines schweren Nachteils offenbar noch kein klarer und einheitlicher Maßstab (3.).

1. Rechtswegerschöpfung

Bekanntlich ist die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, sobald der Rechtsweg (im Übrigen) erschöpft ist, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Im September 2018 nahm das *BVerfG* erstmals zwei Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung an, die die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfügungsverfahren rügten.⁷⁵ Das *BVerfG* führte aus, unabhängig von dem noch fortdauernden Ausgangsverfahren, sei der Rechtsweg erschöpft (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), denn die Rügen bezögen sich auf eine Rechtsverletzung unmittelbar durch die Handhabung des Prozessrechts im Verfügungsverfahren selbst. Die insoweit geltend gemachten Grundrechtsverletzungen können laut *BVerfG* vor den Fachgerichten nicht wirksam angegriffen werden. Der Beschwerdeführer habe sich gegen ein – seinem Vorbringen nach – bewusstes und systematisches Übergehen seiner prozessualen Rechte gewandt. Diesbezüglich bestehe kein fachgerichtlicher Rechtsbehelf. Insbesondere gibt es laut *BVerfG* keine prozessrechtliche Möglichkeit, etwa im Wege einer Feststellungsklage, eine fachgerichtliche Kontrolle eines solchen Vorgehens zu erwirken. Die

⁷⁴ Einzig im Beschl. v. 3.12.2020 hielt das *BVerfG* den Rechtsweg für nicht erschöpft. Allerdings wich der Fall insoweit von den anderen ab, als der Gegenseite vorgeworfen wurde, sie hätte wahrheitswidrig vorgetragen, die Beschwerdeführerin hätte auf die Abmahnung nicht reagiert. Eine solche Rüge könne im fachgerichtlichen Verfahren korrigiert werden, *BVerfG*, Beschl. v. 3.12.2020 – 1 BvR 2575/20, WRP 2021, 461 (462), Rn. 10, 11.

⁷⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634.

Verfassungsbeschwerde könne damit ausnahmsweise unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung selbst erhoben werden.⁷⁶

2. Hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse

Das *BVerfG* hat darüber hinaus die Anforderung des hinreichend gewichtigen Feststellungsinteresses entwickelt, die sich so nicht im *BVerfGG* findet. Hiernach kann nicht jede Verletzung prozessualer Rechte unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit im Wege einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden, ein bloßer *error in procedendo* reiche nicht aus. Ein Feststellungsinteresse sei erst bei Wiederholungsgefahr anzunehmen, also wenn eine hinreichend konkrete Gefahr bestehe, dass unter im Wesentlichen unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Umständen eine gleichartige Entscheidung ergehen würde.⁷⁷

Es ist also darzulegen, dass dem Fachgericht ein systematischer Verstoß vorzuwerfen ist. Während für Entscheidungen des *LG Berlin* und des *OLG Hamburg* jeder weitere Einzelfall genügen könnte, da das *BVerfG* die verfassungswidrige Praxis für die Vergangenheit bereits feststellte,⁷⁸ bleibt die erforderliche Darlegung des Beschwerdeführers für andere Fachgerichte nur schwer möglich. Da die Entscheidungen der Fachgerichte sachverhaltsabhängig ergehen, muss dies dargestellt werden; gerade bei Eilverfahren dürfte die Darlegung aber nur schwer möglich sein.⁷⁹

Laut *BVerfG* muss ein Feststellungsinteresse nicht geltend gemacht werden, wenn die Rechtsbeeinträchtigung durch die Verfügung in Gestalt eines weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels noch fort dauert. Ein Feststellungsinteresse ist für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entbehrlich, wenn der Antragsteller hiermit nicht Feststellung, sondern Aufhebung oder

⁷⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3631 f.), Rn. 10 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 23.

⁷⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 11 und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 24.

⁷⁸ Für das *LG Berlin*: *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023), Rn. 20; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 13; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 17; Beschl. v. 6.2.2021 – 1 BvR 249/21, BeckRS 2021, 5190, Rn. 18; Für das *OLG Hamburg*: *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3636), Rn. 25; Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 27.

⁷⁹ So auch *Zuck* (Fn. 24), S. 10.

Außervollzugsetzung der bestehenden Beschwer in Gestalt des weiterhin vollstreckbaren Unterlassungstitels begehrt.⁸⁰

3. Voraussetzungen des Antrags auf einstweilige Anordnung

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das *BVerfG* im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile dringend geboten ist. Der Beschwerdeführer kann so erreichen, dass der Verstoß gegen das Recht auf prozessuale Waffengleichheit festgestellt und die Wirksamkeit des angegriffenen Beschlusses bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache oder bis zu einer erneuten Entscheidung des Fachgerichts ausgesetzt wird.⁸¹ Das *BVerfG* legt zwei verschiedene Maßstäbe im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG an:

(a) Das *BVerfG* führte in seinem Beschluss vom 3.6.2020 aus, dass bei der im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG vorzunehmenden Folgenabwägung⁸² die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen. Denn die wesentlichen Fragen seien bereits durch die Beschlüsse vom 30.9.2018 geklärt und die Verfassungsbeschwerde sei hinsichtlich der gerügten Verletzung der prozessualen Waffengleichheit offensichtlich zulässig und begründet.⁸³ So argumentierte das *BVerfG* auch in den Beschlüssen vom 17.6.2020⁸⁴, 22.12.2020⁸⁵, 11.1.2021⁸⁶ und 6.2.2021.⁸⁷

(b) In seinem Nichtannahmebeschluss vom 16.7.2020 forderte das *BVerfG* dann aber die Darlegung eines grundrechtlich erheblichen schwerwiegenden Nachteils i. S. d. § 32 BVerfGG, wofür die fortgesetzte Belastung durch einen einseitig erstrittenen Unterlassungstitel nicht ausreiche, wenn die Beschwerdeführerin in der Sache nicht durch die Unterlassungsverpflichtung belastet ist.⁸⁸ So argumentierte das *BVerfG* auch in dem Nichtannahmebeschluss vom 1.9.2020.⁸⁹

⁸⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022 f.), Rn. 13; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 12.

⁸¹ *BVerfG*, Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (991), Rn. 22.

⁸² Vgl. Ständige Rechtsprechung: *BVerfG*, Beschl. v. 8.11.1985 – 1 BvR 1290/85, BVerfGE 71, 158 (161); Beschl. v. 20.4.1993 – 2 BvR 14/93, BVerfGE 88, 185 (186); Beschl. v. 8.11.1994 – 1 BvR 1814/94, BVerfGE 91, 252 (257 f.).

⁸³ *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022), Rn. 10, 11.

⁸⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 11.

⁸⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 14, 15.

⁸⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 22, 23.

⁸⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 6.2.2021 – 1 BvR 249/21, BeckRS 2021, 5190, Rn. 12, 13.

⁸⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 16.7.2020 – 1 BvR 1617/20, BeckRS 2020, 17682, Rn. 5.

⁸⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 1.9.2020 – 2 BvQ 61/20, GRUR 2020, 1345 (1346), Rn. 11.

In den Entscheidungen bezüglich wettbewerbsrechtlicher Fälle vom 27.7.2020⁹⁰, 21.1.2021⁹¹ und 16.3.2021⁹² habe es an der Darlegung eines schweren Nachteils gemangelt, der durch den Schadensersatz nach § 945 ZPO nicht aufgefangen werden könnte.

III. Analyse: Kein Rechtsschutz durch Rechtsprechung des *BVerfG*

Die Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verdeutlicht, dass die Voraussetzungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe die prozessuale Waffengleichheit im Verfügungsverfahren nur gelegentlich schützen. Als Beispiel dienen zwei verfassungsgerichtliche Beschlüsse der *2. Kammer des Ersten Senats* Anfang 2021. Der erste Beschluss betrifft das Lauterkeitsrecht (**1.**), der zweite das Presserecht (**2.**).

1. Der Beschluss des *BVerfG* vom 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20

In seinem Beschluss vom 22.1.2021⁹³ nahm das *BVerfG* die Verfassungsbeschwerde gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung durch das *LG Münster*⁹⁴ nicht zur Entscheidung an. Nach Darstellung des Sachverhalts (**a.**) und Besprechung der Nichtannahmegründe (**b.**) ergeben sich bei der Analyse des Beschlusses folgende Konsequenzen: Obwohl das *BVerfG* schon im Juli 2020⁹⁵ betonte, dass die prozessuale Waffengleichheit nicht nur im Presse-, sondern auch im Lauterkeitsrecht gilt, zeigt es sich bei dessen Handhabung in wettbewerbsrechtlichen Konstellationen deutlich strenger (**c.**).

a) Zusammenfassung des lauterkeitsrechtlichen Sachverhalts

Die Beschwerdeführerin rügte eine Verletzung ihres Rechts auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG, da sie nicht am Verfügungsverfahren beteiligt wurde. Die Beschwerdeführerin vertreibt Mund- und Nasenmasken. Nach erfolgloser Abmahnung wegen irreführender geschäftlicher Handlung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG beantragte die Gegnerin des Ausgangsverfahrens den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Das *LG Münster* gab dem insoweit statt, als sie der Beschwerdeführerin untersagte, im Wettbewerb „Mund-Nasen-Schutz“ zu vertreiben, der optisch

⁹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25.

⁹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18.

⁹² Hier ging es um ein kartellrechtliches Eilverfahren, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (990), Rn. 20.

⁹³ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018.

⁹⁴ *LG Münster*, Beschl. v. 6.11.2020 – 025 O 89/20, GRUR-RS 2020, 37121.

⁹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3024), Rn. 6, 7.

den Eindruck erwecke, es handele sich um eine medizinische Maske, ohne auf die nicht nachgewiesene Schutzwirkung hinzuweisen.⁹⁶ Der Tenor dieses Verbots weicht vom Unterlassungsverlangen der Abmahnung wie auch vom Verfügungsantrag ab.⁹⁷

b) Besprechung der Nichtannahme der Entscheidung

Das *BVerfG* nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 *BVerfGG* nicht erfüllt seien. Damit wurde auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenstandslos, vgl. § 40 Abs. 3 *GOBVerfG*.

Die Beschwerdeführerin rügte zum einen, dass der Tenor des Verfügungsbeschlusses vom gestellten Verfügungsantrag abgewichen sei, ohne sie hierzu anzuhören (aa)).⁹⁸ Zum anderen rügte sie, dass sie trotz Abweichungen zwischen der Abmahnung und dem Verfügungsantrag sowie dessen Begründung nicht im Verfahren beteiligt wurde (bb)).⁹⁹

aa) Erste Rüge: Abweichung des Tenors vom Verfügungsantrag

(1) Jedenfalls kein Feststellungsinteresse dargelegt

Hinsichtlich der ersten Rüge ließ das *BVerfG* offen, ob es sich um einen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit oder um einen Gehörsverstoß handelt.¹⁰⁰ Zudem bleibt unklar, ob hier schon der Rechtsweg nicht erschöpft gewesen sei.¹⁰¹ Denn jedenfalls habe die Beschwerdeführerin ein hinreichendes Feststellungsinteresses nicht dargelegt.¹⁰² Zudem sei die nur teilweise erlassene Verfügung weniger belastend für die Beschwerdeführerin, als wenn das *LG* – ohne die gerügte Abweichung vom Verfügungsantrag – diesem voll entsprochen und ihr die Verfahrenskosten vollständig auferlegt hätte.¹⁰³

(2) Schwerer Nachteil nicht dargelegt

Wenn das *BVerfG* hinsichtlich des Antrags auf Eilanordnung ausführte, es habe an der Darlegung eines schweren Nachteils gemangelt,¹⁰⁴ der über § 945 *ZPO*

⁹⁶ *LG Münster*, Beschl. v. 6.11.2020 – 025 O 89/20, GRUR-RS 2020, 37121.

⁹⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018.

⁹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 15.

⁹⁹ *Ebd.*, Rn. 21.

¹⁰⁰ *Ebd.*, Rn. 15.

¹⁰¹ Vgl. *Ebd.*, Rn.16.

¹⁰² *Ebd.*, Rn. 15.

¹⁰³ *Ebd.*, Rn. 17.

¹⁰⁴ *Ebd.*, Rn. 18.

nicht aufgefangen werden könnte, folgte es seiner Argumentation aus vorangegangenen Nichtannahmebeschlüssen.¹⁰⁵ Zur Darlegung reiche allein die fortgesetzte Belastung durch den Unterlassungstitel nicht aus; die Beschwerdeführerin müsse auch in der Sache durch die Unterlassungsverpflichtung belastet sein.¹⁰⁶ Die Beschwerdeführerin habe aber keinen irreparablen Schaden dargetan.¹⁰⁷

bb) Zweite Rüge: Abweichungen zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag sowie dessen Begründung

Auch bezüglich der zweiten Rüge sei jedenfalls kein Feststellungsinteresse dargelegt worden.¹⁰⁸ Es folgten Ausführungen zur mangelnden Rechtsverletzung der Beschwerdeführerin: Ihre prozessualen Rechte seien nicht aufgrund von Abweichungen zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag sowie dessen Begründung verkürzt gewesen.¹⁰⁹ Das *BVerfG* nahm Bezug zu früheren Beschwerden,¹¹⁰ bei denen – wie auch hier – das mit dem Verfügungsantrag beantragte und das vom Fachgericht tenorierte Verbot als „Minus“ bereits in dem außergerichtlichen Unterlassungsbegehren enthalten gewesen seien.¹¹¹ Eine fehlende Kongruenz sei also nur beachtlich, wenn sie sich im Tenor der fachgerichtlichen Entscheidung „niedergeschlagen hat.“¹¹² Vorliegend seien die Abweichungen im Wortlaut indes nur „gering und nicht gravierend“ („Masken“ vs. „Mund-Nasen-Schutz“).¹¹³

c) *Konsequenz: BVerfG hält Beeinträchtigungen im Presserecht für gewichtiger als Beeinträchtigungen im Wettbewerbsrecht*

Nachteile können nur dann eine einstweilige Anordnung begründen, wenn sie so schwer sind, dass sie im Individualbereich eine gewisse Opfergrenze überschreiten oder wenn grundlegende Verfassungsprinzipien in Frage stehen.¹¹⁴ Das *BVerfG* hält für einen erfolgreichen Eilantrag zur Außerkraftsetzung der

¹⁰⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 16.7.2020 – 1 BvR 1617/20, BeckRS 2020, 17682, Rn. 5; Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25; Beschl. v. 1.9.2020 – 2 BvQ 61/20, GRUR 2020, 1345 (1346), Rn. 11.

¹⁰⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18.

¹⁰⁷ Siehe dazu sogleich unten **C. III. 1. c) bb**).

¹⁰⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 21.

¹⁰⁹ *Ebd.*, Rn. 21 f.

¹¹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 30.7.2020 – 1 BvR 1422/20, GRUR 2020, 1236 (1237), Rn. 21; Beschl. v. 3.12.2020 – 1 BvR 2575/20, WRP 2021, 461 (463), Rn. 22.

¹¹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019 f.), Rn. 23.

¹¹² *Ebd.*, Rn. 24.

¹¹³ *Ebd.*, Rn. 23.

¹¹⁴ *Graßhof*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge *BVerfGG*, 61. EL 2021, § 32 Rn. 59.

einstweiligen Verfügung die Belastung „in der Sache“ des Antragsgegners durch die Verfügung für maßgebend.¹¹⁵ In dem soeben besprochenen Beschluss konnte die Beschwerdeführerin infolge der einstweiligen Verfügung die Masken nicht mehr ohne Hinweis auf die nicht nachgewiesene Schutzwirkung vertreiben. Die Verfügung beeinträchtigte sie also in ihrem Recht aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Vergleicht man die Argumentation des *BVerfG* in wettbewerbsrechtlichen Fällen mit seiner Argumentation in presse- bzw. äußerungsrechtlichen Konstellationen, zeigt sich, dass das *BVerfG* die Beeinträchtigung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Rechte gewichtiger betrachtet als Beeinträchtigungen der Rechte aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.¹¹⁶

aa) Argumentation in presserechtlichen Konstellationen

Alle angenommenen Anträge auf einstweilige Verfügung ergingen in presse- bzw. äußerungsrechtlichen Konstellationen. Das *BVerfG* argumentierte hier jeweils, dass bei der im Rahmen des § 32 Abs. 1 BVerfGG vorzunehmenden Folgenabwägung die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen, weil die Verfassungsbeschwerden offensichtlich zulässig und begründet seien. Das *BVerfG* verlangte vom Beschwerdeführer in keinem der Beschlüsse eine besondere Darlegung darüber, dass er durch die Verfügung in seinen Rechten beeinträchtigt sei.¹¹⁷

bb) Argumentation in wettbewerbsrechtlichen Konstellationen

Dagegen gab das *BVerfG* den Eilanträgen in wettbewerbsrechtlichen Konstellationen nicht statt. Es verlangte jeweils die besondere Darlegung eines schweren Nachteils, der durch die Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO nicht aufgefangen werden könnte.¹¹⁸

Beispielsweise führte das *BVerfG* im Beschluss vom 22.1.2021 aus, die Beschwerdeführerin habe nicht dargetan, dass sie die Produkte aktuell nicht mehr vertreibe, Produkte habe zurückrufen müssen oder ihr Geschäftsmodell nicht

¹¹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18.

¹¹⁶ Vgl. *Mantz*, Die Weiterentwicklung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit – Licht und Schatten, WRP 2020, 1250 (1256), Rn. 36.

¹¹⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2022), Rn. 10, 11; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 11; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 14, 15; Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 (1588), Rn. 22, 23; Beschl. v. 6.2.2021 – 1 BvR 249/21, BeckRS 2021, 5190, Rn. 12, 13.

¹¹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25; Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 18; *BVerfG*, Beschl. v. 16.3.2021 – 1 BvR 375/21, GRUR 2021, 989 (990), Rn. 20.

mehr verfolgen könne.¹¹⁹ Hier sei auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass an der Rechtskonformität von Medizinprodukten ein hohes Allgemeininteresse bestehe.¹²⁰ Ähnliche Ausführungen zum Allgemeininteresse machte das *BVerfG* auch schon im Juli 2020.¹²¹ Es lässt sich folgern, dass die Anforderungen an den Nachweis der Beeinträchtigung besonders hoch sind, wenn öffentliche Interessen durch das untersagte Verhalten betroffen sind.

In wettbewerbsrechtlichen Fällen verwies das *BVerfG* – anders als in presserechtlichen Fällen – zudem auf die Kompensationsmöglichkeit nach § 945 ZPO. Das *BVerfG* gestand jedoch selbst ein, dass in lauterkeitsrechtlichen Fällen –vergleichbar mit presserechtlichen Fällen – eine Bezifferung etwa des nicht erzielten Gewinns besonders schwierig ist. Allerdings muss der Beschwerdeführer auch hier eine solche Schwierigkeit explizit darlegen; ansonsten bleibt er auf § 945 ZPO verwiesen.¹²²

Diese besonderen Darlegungserfordernisse – die das *BVerfG* in presserechtlichen Konstellationen nicht aufstellte – zeigen, dass das *BVerfG* in wettbewerbsrechtlichen Fällen im Grundsatz davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung nicht so sehr beeinträchtigt ist. Gegenteiliges muss er explizit darlegen.

Die unterschiedliche verfassungsgerichtliche Handhabung lässt den Schluss zu, dass das *BVerfG* die Beeinträchtigung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Rechte gewichtiger betrachtet als Beeinträchtigungen der Rechte aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Nur in ersteren Fällen hält es regelmäßig ein verfassungsgerichtliches Eingreifen mittels Außerkräftsetzung der Verfügung für notwendig.

2. Der Beschluss des *BVerfG* vom 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19

Zum zweiten Mal¹²³ lag der Prüfung des *BVerfG* im Beschluss vom 4.2.2021¹²⁴ ein presserechtliches Verfahren des *LG Frankfurt a. M.*¹²⁵ zugrunde (a)). Die Beschwerdeführerin sei „offenkundig“¹²⁶ in ihrem Recht auf prozessuale

¹¹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018, (2019), Rn. 18.

¹²⁰ *Ebd.*, Rn. 20.

¹²¹ *BVerfG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 1 BvR 1379/20, NJW 2020, 3023 (3025), Rn. 25.

¹²² Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 19.

¹²³ Zuvor: *BVerfG*, Beschl. v. 8.10.2019 – 1 BvR 1078/19, 1 BvR 1260/19, BeckRS 2019, 30365.

¹²⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020.

¹²⁵ *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 31.10.2019 – 2-03 O 457119, BeckRS 2019, 54047.

¹²⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 26.

Waffengleichheit verletzt (*b*). Der Beschluss deckt sich wesentlich mit der bisherigen Rechtsprechung; es lohnt sich aber ein Gehör für die Zwischentöne, um die Entscheidung einzuordnen: Der Appell an die Fachgerichte wird lauter (*c*). Zudem zeigt sich, dass das Kongruenzerfordernis hinsichtlich Abmahnung und Verfügungsantrag zu Rechtsunsicherheit führt (*d*).

a) Zusammenfassung des presserechtlichen Sachverhalts

Die Beschwerdeführerin veröffentlichte einen Artikel zu angeblich fragwürdigen Praktiken der Passvergabe durch bestimmte Staaten, in dem auch der Antragsteller erwähnt und ein Foto von ihm gezeigt wurde. Die Beschwerdeführerin wies die Abmahnung des Antragstellers wegen unzulässiger Verdachtsberichterstattung zurück. Der folgende Verfügungsantrag des Antragstellers ging auf das Erwidernsschreiben der Beschwerdeführerin ein und erläuterte erstmals den geltend gemachten Verstoß gegen die §§ 22 f. KUG sowie die angebliche Verletzung von Urheberrechten. Das *LG Frankfurt a. M.* gab dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung statt und verpflichtete die Beschwerdeführerin antragsgemäß, die Veröffentlichung der angegriffenen Berichterstattung zu unterlassen. Auf den Widerspruch der Beschwerdeführerin hin hob das *LG* die Verfügung auf.

b) Besprechung der Entscheidungsgründe

aa) Feststellungsinteresse in Form einer Wiederholungsgefahr dargelegt

Im Gegensatz zu dem zuvor besprochenen Beschluss hielt das *BVerfG* hier ein auf Wiederholungsgefahr gestütztes Feststellungsinteresse für hinreichend dargelegt: Ausweislich des Vortrags der Beschwerdeführerin handelte es sich bei der Vorgehensweise der Frankfurter *Pressekammer* nicht um einen Einzelfall. Es sei zu vermuten, dass die *Pressekammer* die Rechtsprechung des *BVerfG* zur prozessualen Waffengleichheit „grundlegend verkannt“ habe.¹²⁷ So bestehe ein Feststellungsinteresse und „damit“¹²⁸ auch ein Rechtsschutzbedürfnis, obwohl das *LG* die angegriffene Verfügung aufgehoben hat.

bb) Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit sei verletzt

Die Beschwerdeführerin sei „offenkundig“¹²⁹ in ihrem Recht auf prozessuale Waffengleichheit verletzt. Das *BVerfG* betonte mit Verweis auf vorangegangene

¹²⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2021 f.), Rn. 18.

¹²⁸ *Ebd.*, Rn. 15.

¹²⁹ *Ebd.*, Rn. 26.

Beschlüsse¹³⁰, es habe die maßgeblichen Rechtsfragen bereits entschieden.¹³¹ Durch den Erlass der einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung der Beschwerdeführerin sei keine Gleichwertigkeit ihrer prozessualen Stellung gegenüber dem Verfahrensgegner gewährleistet gewesen.¹³²

Zwar habe der Verfahrensgegner vorgerichtlich abgemahnt und eine Frist zur Stellungnahme gesetzt, die erfolglos abgelaufen sei. Er sei sodann aber „offensichtlich nachlässig“ in der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs gewesen, indem er 40 Tage verstreichen ließ, ohne gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.¹³³

Erneut¹³⁴ sei die Beschwerdeführerin schon aufgrund fehlender Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag einzubeziehen gewesen. Der Unterschied im Umfang der Dokumente (sieben Seiten gegenüber 20 Seiten) sei „augenscheinlich“ gewesen. Deutliche Worte fand das *BVerfG* auch, als es meinte, eine Einbeziehung des Antragsgegners wäre dem Antragsteller selbst bei – „hier gerade nicht vorliegender“ – besonderer Dringlichkeit zumutbar gewesen. Denn der Umfang der Abmahnung sowie deren Kongruenz mit dem Verfügungsantrag „liegen in seiner Hand“.¹³⁵

c) Erste Konsequenz: Appel an die Fachgerichte wieder lauter

Am 15.4.2019 nahm das *BVerfG* noch mit einstimmigem Beschluss vier Verfassungsbeschwerden¹³⁶ verschiedener Medienunternehmen in vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen nicht zur Entscheidung an, da ihnen nach den bisherigen Beschlüssen „keine grundsätzliche verfassungsrechtliche

¹³⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 14 ff. und 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634 (3635), Rn. 25 ff.; Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023), Rn. 15 ff.; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 14; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (616), Rn. 19 ff.

¹³¹ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 20.

¹³² *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 27.

¹³³ *Ebd.*

¹³⁴ So zuvor schon: *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023 f.), Rn. 21.; Beschl. v. 17.6.2020 – 1 BvR 1380/20, GRUR-RS 2020, 13380, Rn. 16; Beschl. v. 22.12.2020 – 1 BvR 2740/20, NJW 2021, 615 (617) Rn. 25.

¹³⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022 f.), Rn. 28.

¹³⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 15.4.2019 – 1 BvR 1811/17, 1 BvR 218/18, 1 BvR 871/18, 1 BvR 872/18 (juris).

Bedeutung“ mehr zugekommen sei.¹³⁷ Doch offensichtlich verfehlten die bisherigen Beschlüsse ihre „generalpräventive Wirkung“.¹³⁸

Vorliegend ließ das *BVerfG* deutliche Worte vernehmen: „offensichtlich nachlässige Geltendmachung“,¹³⁹ „augenscheinliche[r] Unterschied“,¹⁴⁰ Einbeziehung „offensichtlich geboten gewesen“.¹⁴¹ Der angegriffene Beschluss verletze die Beschwerdeführerin deshalb „offenkundig“¹⁴² in ihrem grundrechtsgleichen Recht auf prozessuale Waffengleichheit, obwohl man doch die „maßgeblichen Rechtsfragen [...] bereits entschieden“¹⁴³ hatte.

Die *Kammer* schloss mit einem Appell an das Fachgericht, ohne dass dies für die Begründung der Entscheidung erforderlich gewesen wäre.¹⁴⁴ Es ist eine klare Vermutung zur Motivlage herauszuhören: „Unzulässig ist es jedoch, wegen einer gegebenenfalls [...] befürchteten Verzögerung oder wegen einer durch die Stellungnahme erforderlichen, arbeitsintensiven Auseinandersetzung [...] gänzlich von einer Einbeziehung der Gegenseite abzusehen.“¹⁴⁵

d) Zweite Konsequenz: Zu strenges Kongruenzerfordernis

Wenn das *BVerfG* in dem soeben besprochenen Beschluss pauschal eine Kongruenz zwischen Abmahnung und Verfügungsantrag forderte,¹⁴⁶ ist dieses Erfordernis zu streng: Es wirkt praxisfern und unterläuft teilweise den Schutzzweck der Abmahnung.

aa) Identitätserfordernis ist praxisfern

Das Kongruenzerfordernis ist im Hinblick auf anwaltliche wie richterliche Praxis zu streng. Schließlich ist dem Gericht der relevante Sachverhalt oft umfassender darzulegen, weil der Abmahnungsempfänger sein Verhalten kennt, dessentwegen er abgemahnt wird. Bei der Abmahnung will der Abmahnende ein bestimmtes Verhalten vom Abmahnungsempfänger erzielen; bei dem Verfügungsantrag

¹³⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 15.4.2019 – 1 BvR 1811/17, Rn. 4 (juris).

¹³⁸ *Hartmann*, Prozessuale Waffengleichheit? – Aus Karlsruhe nichts Neues, Zugleich Kommentar zu *BVerfG*, Beschl. v. 11.1.2021 – 1 BvR 2681/20, K&R 2021, 229 (230).

¹³⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022), Rn. 27.

¹⁴⁰ *Ebd.*, S. 2022 f., Rn. 28.

¹⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2023), Rn. 29.

¹⁴² *Ebd.*, S. 2022, Rn. 26.

¹⁴³ *Ebd.*, Rn. 20.

¹⁴⁴ Vgl. *Hartmann* (Fn. 138), S. 230.

¹⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2023), Rn. 29.

¹⁴⁶ *Ebd.*, S. 2022 f., Rn. 28.

möchte er dagegen das Gericht dazu bewegen, dieses Verhalten vom Anderen autoritativ zu motivieren.¹⁴⁷

Zudem enthält die Abmahnung keine Anträge an das Gericht, und ihr sind keine Glaubhaftmachungsmittel beizufügen.¹⁴⁸ Da die Beurteilungsmaßstäbe und Anforderungen an den Inhalt nicht identisch sind, muss sich dies in sprachlicher Form, Stil, Umfang sowie Argumentation niederschlagen.¹⁴⁹

Gegen das Identitätserfordernis spricht außerdem, dass schon für den Abmahnungsgegner erkennbar ist, dass sich die Unterlassensauforderung primär auf den Inhalt der zu unterlassenden Handlung bezieht und nur sekundär auf die konkrete Formulierung.¹⁵⁰ Das strenge Kongruenzerfordernis des *BVerfG* ist also nicht zwingend notwendig, um die Einbeziehung des Antragstellers ausreichend zu gewährleisten. Es muss genügen, dass der Antragsgegner in der Abmahnung mit den Argumenten des Antragstellers konfrontiert wurde; Sachverhaltsdarstellungen und gerichtliche Anträge sollten hier dagegen entbehrlich sein. Das *BVerfG* sollte hier klarstellen, dass „kerngleiche Beanstandungen“¹⁵¹ dem Erfordernis entsprechen.

bb) Schutzzweck der Abmahnung wird teilweise unterlaufen

Durch das Kongruenzerfordernis besteht die Gefahr, dass der Schutzzweck der Abmahnung unterlaufen wird. Die Abmahnung soll dem Abgemahnten einen einfachen Weg aus der Rechtsverletzung unter Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens ermöglichen.¹⁵² Um durch das Kongruenzerfordernis den Nachteil einer späteren Verzögerung zu vermeiden, besteht die Gefahr, dass Abmahnende künftig keine Unterlassungserklärungen für den Abgemahnten vorformulieren, sondern die Formulierung vielmehr dem Abgemahnten selbst überlassen wird.¹⁵³ In der Folge wird der Abmahnende aber vermutlich trotzdem eine einstweilige

¹⁴⁷ *Bordat*, *BVerfG* zur Waffengleichheit, *LHR-Magazin* v. 1.7.2020, abrufbar unter: <https://www.lhr-law.de/magazin/verhandlungsstrategie-prozesstaktik/das-bverfg-zur-waffengleichheit-in-einstweiligen-verfuegungsverfahren-gleichbehandlung-des-ungleichen/> (zuletzt abgerufen am 24.6.2022).

¹⁴⁸ *Mantz*, Konkretisierung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit durch das *BVerfG*, *NJW* 2019, 953 (955).

¹⁴⁹ *Lerach*, Waffengleichheit im UWG-Verfügungsverfahren, *GRUR-Prax* 2020, 401 (404).

¹⁵⁰ Vgl. *Tyra*, *BVerfG*-Vorgaben im UWG-Eilverfahren: Ausgewählte Aspekte für die rechtsanwaltliche Praxis, *WRP* 2020, 1525 (1528), Rn. 15.

¹⁵¹ *Ebd.*, S. 1533, Rn. 41.

¹⁵² *Bacher*, Die Abmahnung, in: *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl. 2015, 41. Kap., S. 493 Rn. 7, S. 500 Rn. 19 m. w. N.

¹⁵³ *Mantz* (Fn. 116), S. 1252 Rn. 15.

Verfügung beantragen, da ihm die vom Abgemahnten selbst formulierte Unterlassungserklärung regelmäßig nicht umfassend oder ernsthaft genug sein dürfte.¹⁵⁴ Damit geht aber auch der Abmahnende das Risiko ein, dass er vor Gericht unterliegt, weil das Gericht die bereits unterschriebene Erklärung als ausreichend erachtet. Die Kongruenz zu umgehen, birgt also neue Rechtsprobleme.

cc) Kongruenz liegt nur bedingt in der Hand des Antragstellers

Wenn das *BVerfG* in dem soeben besprochenen Beschluss ausführt, sowohl der Umfang der Abmahnung als auch deren Kongruenz mit dem Verfügungsantrag lägen in der Hand des Antragstellers,¹⁵⁵ übersieht es die Einflussmöglichkeiten des Antragsgegners hinsichtlich der Kongruenz. Denn der Abgemahnte kann den Abmahner in eine Zwickmühle bringen, indem er umfangreich auf die Abmahnung antwortet. Dem Abmahner bleiben zwei Möglichkeiten: Zum einen der außergerichtliche Streit, dem häufig die Dringlichkeit der Sache entgegensteht. Zum anderen kann er direkt den Verfügungsantrag stellen, ohne die Erwiderung des Abgemahnten zu entkräften, um nicht die Identität von Abmahnung und Antrag zu gefährden.¹⁵⁶

Es besteht dann aber nicht wie *Bordat* meint, eine *potenzierte* Gefahr für den Antragsteller dadurch, dass das Gericht den ausführlichen Argumenten des Abgemahnten folgen könnte, weil der Abmahner dazu nichts einwenden konnte.¹⁵⁷ Letztlich besteht dieselbe Gefahr, wenn dieser Austausch vor Gericht stattgefunden hätte: Der Antragsteller hätte vorgetragen, daraufhin hätte der Antragsgegner geantwortet, und das Gericht hätte zu entscheiden oder eine zweite Anhörung beider Parteien anzuberaumen.

IV. Zwischenergebnis: Wirkungsmacht erschöpft sich in einem Appell an die Fachgerichte

Die Wirkungsmacht der Beschlüsse des *BVerfG* erschöpft sich weitestgehend in einem Appell an die Fachgerichte. Denn die Rechtsprechung des *BVerfG* bietet den Antragsgegnern nur teilweise – nämlich mittels Außervollzugsetzung der Verfügung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG – konkreten Rechtsschutz. Eine Außervollzugsetzung erfolgt regelmäßig bei Beeinträchtigungen von

¹⁵⁴ *Mantz* (Fn. 116), S. 1252 Rn. 15.

¹⁵⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2021), Rn. 28.

¹⁵⁶ Siehe auch *Bordat* (Fn. 147).

¹⁵⁷ *Ebd.*

Art. 5 Abs. 1 GG; ist dagegen Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG betroffen, prüft das *BVerfG* strenger, ob ein schwerer Nachteil dargelegt wurde.

Das *BVerfG* kann im Übrigen Verletzungen gegen die Waffengleichheit regelmäßig nur feststellen. Für eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde muss es dem Antragsgegner aber gelingen, ein hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse darzulegen.

Im Ergebnis kann und will das *BVerfG* auch im Rahmen des § 32 BVerfGG keinen ausreichenden effektiven Rechtsschutz gewähren. Denn für das *BVerfG* ist „die Kontrolle von Verstößen der Fachgerichte gegen Verfahrensgrundrechte nur eine unter vielen, für das Staatsganze bedeutungsvolleren Aufgaben.“¹⁵⁸ Letztlich folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip, dass zunächst die sachnäheren Fachgerichte die Grundrechte zu schützen¹⁵⁹ und so das *BVerfG* zu entlasten haben.

D. Effektiver Rechtsschutz über die fachgerichtliche Ebene

Obwohl das *BVerfG* anerkennt, dass Antragsgegner regelmäßig in ihrer prozessualen Waffengleichheit verletzt sind, droht weiterhin eine Ohnmacht der Antragsgegner innerhalb des Verfügungsverfahrens. Denn das *BVerfG* konnte und wollte keinen direkten Einfluss auf die fachgerichtliche Verfügungspraxis nehmen und sich auch nicht zum allgemeinen Rechtsmittelgericht bei Verletzungen der prozessualen Waffengleichheit machen.

Die Wirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zeigt sich aber im Mittelbaren: Zum einen *de lege lata* in den Leitlinien zum Schutz der prozessualen Waffengleichheit durch die Fachgerichte (**I.**); zum anderen machen die Entscheidungen des *BVerfG* deutlich, dass auch *de lege ferenda* weitergehende rechtspolitische Lösungen erwogen werden sollten (**II.**).

I. Leitlinien für die Praxis der Fachgerichte

Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Fachgerichte an das grundrechtsgleiche Recht auf prozessuale Waffengleichheit und – über seinen einfachgesetzlichen Ausfluss in § 31 BVerfGG – an die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Aus den Entscheidungen des *BVerfG* lassen sich die folgenden Leitlinien für die Fachgerichte zur Wahrung der prozessualen Waffengleichheit im Verfügungsverfahren herausarbeiten:

¹⁵⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 30.6.1976 – 2 BvR 164/76, BVerfGE 42, 243 (249).

¹⁵⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (414), Rn. 2b.

- (1.) Der Antragsgegner ist im Verfügungsverfahren miteinzubeziehen.
- (2.) Die Erwidlungsmöglichkeiten auf eine Abmahnung genügen der prozessualen Waffengleichheit, wenn der Antragsgegner hinreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem vor Gericht geltend gemachten Vorbringen des Antragstellers in gebotenem Umfang zu äußern.
- (3.) Das Gericht kann für die Gewährung des Gehörs auch eine Schutzschrift einbeziehen, wenn der Antragsgegner im Anschluss an eine vorangehende Abmahnung eine solche hinterlegt hat.

1. Leitlinie: Der Antragsgegner ist einzubeziehen

Die Fachgerichte haben die Antragsgegner in Verfügungsverfahren ausreichen einzubeziehen. Nach dem *BVerfG* ergibt sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit, dass ein Gericht vor dem Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht von einer „Anhörung und Äußerungsmöglichkeit“ des Antragsgegners absehen darf.¹⁶⁰ So ist nach Art. 103 Abs. 1 GG der Gegenseite grundsätzlich vor einer Entscheidung Gehör und damit die Gelegenheit zu gewähren, auf eine bevorstehende gerichtliche Entscheidung Einfluss zu nehmen.¹⁶¹ Das Anhörungserfordernis ist von dem Grundsatz der mündlichen Verhandlung zu trennen.¹⁶²

Im Ergebnis kann die mündliche Verhandlung im „dringenden Fall“ entfallen (*a*); dagegen ist die Anhörung regelmäßig trotz Dringlichkeit nicht zu unterlassen (*b*). Aufgrund des Einziehungserfordernisses sind Hinweisen nach § 139 ZPO (*c*) und den Antrag zurückweisende Beschlüsse (*d*) dem Antragsgegner mitzuteilen.

a) Mündliche Verhandlung kann in „dringendem Fall“ unterbleiben

Grundsätzlich erfolgt im Verfügungsverfahren eine mündliche Verhandlung.¹⁶³ Nach § 937 Abs. 2 Var. 1 ZPO kann die Entscheidung dringender Fälle ohne mündliche Verhandlung ergehen. Das *BVerfG* räumt den Fachgerichten für die

¹⁶⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 18.

¹⁶¹ *Ebd.*, S. 3632, Rn. 15.

¹⁶² *Ebd.*, S. 3633, Rn. 19.

¹⁶³ Das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung wird nicht verfassungsrechtlich vorgegeben, folgt aber mittelbar aus Verfassungsrecht, insbesondere aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes, der Justizgewährungsverpflichtung und dem Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen (§ 169 Abs. 1 S. 1 GVG) als Teil des Rechtsstaatsprinzips, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, 622/99, BVerfGE 103, 44 (63).

Beurteilung eines „dringenden Falls“ einen weiten Wertungsrahmen ein.¹⁶⁴ Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes könne es sogar geboten sein, Unterlassungsansprüchen besonders zeitnah zur Geltung zu verhelfen und hierfür auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten.¹⁶⁵

b) Anhörung ist dagegen nicht zu unterlassen

Demgegenüber berechtige der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung nicht ohne weiteres dazu, den Antragsgegner bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag aus dem Verfahren herauszuhalten.¹⁶⁶ Eine vorherige Anhörung ist nur in Ausnahmefällen entbehrlich, wenn sie den Zweck des Verfahrens (wirksamer vorläufiger Rechtsschutz in Eilfällen) vereiteln würde.¹⁶⁷

Ansonsten soll die Gegenseite jedenfalls vor Erlass der Verfügung Gelegenheit haben, auf das im Antrag Vorgebrachte zu erwidern.¹⁶⁸ Hierzu könne die Antwort auf eine Abmahnung oder eine hinterlegte Schutzschrift berücksichtigt werden.¹⁶⁹ In der Folge sind Gerichte einem „größeren Begründungsdruck“¹⁷⁰ ausgesetzt, wenn sie Verfügungen erlassen, ohne den Antragsgegner am Verfahren zu beteiligen. Dies gilt umso mehr, wenn technische Mittel kurzfristige Stellungnahmen ermöglichen.¹⁷¹

c) Hinweise nach § 139 ZPO sind dem Antragsgegner mitzuteilen

Laut *BVerfG* ist dem Antragsgegner Gehör zu gewähren, wenn das Gericht dem Antragsteller Hinweise nach § 139 ZPO erteilt.¹⁷² Die Hinweise sind dem Antragsgegner zeitnah mitzuteilen und vollständig zu dokumentieren.¹⁷³ Allerdings kann diese Mitteilungspflicht zu nicht notwendigen und wenig sachdienlichen Verzögerungen führen, insbesondere da nicht jeder richterliche

¹⁶⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 19.

¹⁶⁵ *Ebd.*

¹⁶⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 21.

¹⁶⁷ So könne es in den dem ZPO-Arrestverfahren gleichgelagerten Fällen ausreichen, nachträglich Gehör zu gewähren, *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3632), Rn. 15.

¹⁶⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 21.

¹⁶⁹ *Ebd.*, Rn. 22.

¹⁷⁰ *Dobrosz*, Prozessuale Waffengleichheit auch im lauterkeitsrechtlichen Eilverfahren, *EWiR* 2020, 703 (704).

¹⁷¹ Gerichte haben gegebenenfalls auch fernmündlich oder per E-Mail Gelegenheit zur Stellungnahme, *BVerfG*, Beschl. v. 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, NJW 2020, 2021 (2023 f.), Rn. 21.

¹⁷² *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 24.

¹⁷³ *Ebd.*

Hinweis auch Einfluss auf die Sachentscheidung hat.¹⁷⁴ Gerade die einseitige Vorabkommunikation zur Antragstellung zwischen Gericht und Antragsteller kann prozessökonomisch sinnvoll sein,¹⁷⁵ beispielsweise wenn sich die Antragsgegnerin zu allen relevanten Sach- und Rechtsfragen bereits verhalten hatte.¹⁷⁶ Jedoch sind „sachlich begründete Bagatellausnahmen“¹⁷⁷ auf solche Hinweise zu beschränken, die dem Antragsteller keine ungerechtfertigten Vorteile verschaffen. Die fehlende Mitteilung kann nämlich zu Befangenheitsanträgen nach §§ 42 ff. ZPO führen.¹⁷⁸

d) Der den Antrag zurückweisende Beschluss ist mitzuteilen

Verlangt der Grundsatz der Waffengleichheit, dass der Antragsgegner über Hinweise nach § 139 ZPO zu informieren ist, gilt dies erst recht für den Beschluss, der den Antrag endgültig zurückweist.¹⁷⁹ Insofern ist die Anwendbarkeit des § 922 Abs. 3 ZPO im Verfügungsverfahren teleologisch dahingehen zu reduzieren, dass eine Mitteilung nur dann ausnahmsweise unterbleiben darf, wenn es auf den Überraschungseffekt einer Verfügung ankommt.¹⁸⁰

Sinn und Zweck des § 922 Abs. 3 ZPO ist es, dem Antragsteller nach Zurückweisung seines ersten Arrestantrags Gelegenheit zu geben, den Antrag mit neuen Glaubhaftmachungsmitteln erneut zu stellen, ohne dass der

¹⁷⁴ Hinweise, die nur eine sprachliche Klarstellung bezwecken, sollen keine Anhörungspflicht des Antragsgegners auslösen, *Petersenn/Peters*, Das Äußerungsrecht zwischen unlauterem Wettbewerb und einstweiliger Verfügung, NJW 2021, 725 (730), Rn. 45.

¹⁷⁵ v. *Walter*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Beschl. v. 30.9.2018 (1 BvR 1783/17 und 1 BvR 2421/17), Zur Reichweite der Verpflichtung zur Herstellung prozessualer Waffengleichheit insbesondere in Verfahren um einstweiligen Rechtsschutz, K&R 2019, 38 (39).

¹⁷⁶ *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 11.1.2019 – 2-03 O 12/19, BeckRS 2019, 1506, Rn. 26.

¹⁷⁷ *Conrad/Hassel* (Fn. 38), S. 141.

¹⁷⁸ *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 6.3.2019 – 11 W 70/18, GRUR-RR 2019, 286 (287), Rn. 12.

¹⁷⁹ Nach *Jung* (Fn. 11), S. 212 f. ist eine Norm im Zweifel so auszulegen, dass die prozessuale Waffengleichheit möglichst weitgehend umgesetzt wird; vgl. auch *Bornkamm* (Fn. 50), S. 721, Rn. 4; *Feddersen* (Fn. 2), S. 779 f., Rn. 1b.

¹⁸⁰ So auch *Bornkamm*, Befreit die einstweilige Verfügung von den Fesseln des Arrestes! Plädoyer gegen eine entsprechende Anwendung des § 922 Abs. 3 ZPO auf das Verfügungsverfahren, WRP 2019, 1242 (1243), Rn. 5; *Lerach* (Rn. 22), unter D. V.; *Mantz* (Fn. 21), S. 421, Rn. 40 ff.; *Möller*, Das Bundesverfassungsgericht und das einstweilige Verfügungsverfahren – Vorhang gefallen? Zugleich Besprechung von BVerfG, 3.6.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 982 (986), Rn. 18; *Schumann*, Keine Geheimverfahren bei einstweiligen Verfügungen in Pressesachen, Zu *BVerfG*, Beschlüsse v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, 2421/17, JZ 2019, 398 (402 f.).

Antragsgegner vorgewarnt wird.¹⁸¹ Dieser Gedanke ist so nicht auf die einstweilige Verfügung übertragbar: Der Antragsteller im Verfügungsverfahren kann seinen Verfügungsantrag, der vom ersten Gericht abgelehnt wurde, nochmals bei einem anderen Gericht stellen. Deshalb ist es erforderlich, dass der Antragsgegner die Ablehnungsgründe erfährt.¹⁸² Insbesondere bei auf Leistung zielenden Unterlassungsverfügungen ist § 922 Abs. 3 ZPO nicht mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar.¹⁸³ Zudem spricht für eine restriktivere Handhabung des § 922 Abs. 3 ZPO, dass eine gegenteilige Handhabung dem Antragsteller ermöglichte, die Gerichte der Reihe nach bis zum Erfolgsfall anzurufen.¹⁸⁴

2. Leitlinie: Einbeziehung mittels Antwort auf eine Abmahnung

Trotz Verzichts auf eine mündliche Verhandlung soll der Antragsgegner vor Erlass der Verfügung Gelegenheit haben, auf das im Antrag Vorgebrachte zu erwidern. Bezieht das Gericht die Möglichkeiten ein, die es der Gegenseite vorprozessual erlauben, sich zu dem Verfügungsantrag zu äußern, werde in der Folge eine weitere Anhörung entbehrlich.¹⁸⁵

Nach dem *BVerfG* genügt die Antwort auf eine Abmahnung den Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit dann, wenn der Antragsgegner hinreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem Vorbringen des Antragstellers zu äußern.¹⁸⁶ Dies ist der Fall, wenn die abgemahnte Äußerung sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind,¹⁸⁷ der Antragsteller die Verfügung im Anschluss an die Abmahnung nach Ablauf einer angemessenen Frist für die

¹⁸¹ *Drescher*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 922 Rn. 1; *Bornkamm* (Fn. 180), S. 1242, Rn. 2.

¹⁸² So auch *Löffel*, Anmerkung zu einer Entscheidung des *OLG München*, Beschl. v. 8.8.2019 (29 W 940/19), Zur dringlichkeitswahrenden Sachbehandlung im einstweiligen Verfügungsverfahren sowie zum Mitteilungsverbot des § 922 Abs. 3 ZPO, WRP 2019, 1378 (1379), Rn. 7.

¹⁸³ *Feddersen* (Fn. 2), S. 781 f., Rn. 3.

¹⁸⁴ Für die Unzulässigkeit des Forum-Hoppings: *LG Frankfurt a. M.*, 27.8.2018 – 2–03 O 307/18, BeckRS 2018, 21749; für die Zulässigkeit: *LG Hamburg*, 25.7.2014 – 324 O 252/14, BeckRS 2016, 20821; siehe auch *Löffel* (Fn. 182), S. 1379, Rn. 7.

¹⁸⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 21.

¹⁸⁶ *Ebd.*, Rn. 23.

¹⁸⁷ Es fehlt an der gebotenen Kongruenz, wenn der Antrag im Vergleich zur Abmahnung (wesentlich) umfassender ist und auch auf Einwände aus der Abmahnbeantwortung erwidert, *BVerfG*, Beschl. v. 4.2.2021 – 1 BvR 2743/19, NJW 2021, 2020 (2022 f.), Rn. 28. Jedenfalls bei Änderung des oder Einführung eines neuen Streitgegenstands liegt offenkundig keine Kongruenz vor, so auch *Mantz* (Fn. 21), S. 419, Rn. 22.

begehrte Unterlassungserklärung unverzüglich bei Gericht beantragt, und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit der Antragschrift eingereicht hat.¹⁸⁸

Täuscht der Antragsteller das Gericht über das Vorliegen einer Reaktion auf die Abmahnung, sieht das *BVerfG* hierin keinen Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit, sondern eine missbräuchliche Titelterschleichung, der auf fachgerichtlicher Ebene zu begegnen ist.¹⁸⁹

3. Leitlinie: Einbeziehung durch Berücksichtigung einer Schutzschrift

Das Gericht kann für die Gewährung des Gehörs auch eine Schutzschrift einbeziehen, wenn der Antragsgegner nach einer vorangehenden Abmahnung eine solche hinterlegt hat.¹⁹⁰ Hatte der Antragsgegner in der Schutzschrift – vergleichbar mit einer Erwidermöglichkeit auf die Abmahnung¹⁹¹ – ausreichend Gelegenheit auf das im Verfügungsantrag Vorgebrachte zu antworten, genügt dies dem Anhörungserfordernis. Im Gegensatz zur Antwort auf die Abmahnung, die vom Antragsteller wahrheitswidrig verschwiegen werden kann, ist das Gericht verpflichtet, selbst nach einer hinterlegten Schutzschrift zu recherchieren und diese zu berücksichtigen.¹⁹²

Die Relevanz der Schutzschrift ist höher einzuschätzen als bisher geschehen, da sie mit der seit 2.12.2020 geltenden UWG-Novelle durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs¹⁹³ aufgewertet wurde.¹⁹⁴ Bislang schreckten

¹⁸⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 23.

¹⁸⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 3.12.2020 – 1 BvR 2575/20, WRP 2021, 461 (463), Rn. 19; in der Folge sind die wahrheitsgemäßen, vollständigen Angaben zur vorgerichtlichen Korrespondenz vom Antragsteller darzulegen, vgl. *Dienstbühl*, Die (versuchte) Titelterschleichung im Verfügungsverfahren und ihre Konsequenzen, WRP 2021, 441 (446), Rn. 15.

¹⁹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 (3633), Rn. 22.

¹⁹¹ *Ebd.*, Rn. 21.

¹⁹² Aufgrund des zentralen, länderübergreifenden elektronischen Registers ist gewährleistet, dass eine Schutzschrift dem entscheidenden Gericht zur Kenntnis gelangt, vgl. § 945a Abs. 2 S. 1 ZPO.

¹⁹³ Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs v. 26.11.2020, BGBl. I 2001 Nr. 56, S. 2568 ff.

¹⁹⁴ *Stöve*, Prozessuale Waffengleichheit, dusIP, abrufbar unter: <https://www.dusip.de/2021/05/14/prozessuale-waffengleichheit-im-lauterkeitsrechtlichen-einstweiligen-verfuegungsverfahren-und-die-bedeutung-der-schutzschrift/> (zuletzt abgerufen am 24.6.2022). Dem gegenüber eher kritisch: *Löffel*, Bleibt alles anders? – Prozessuale Waffengleichheit im einstweiligen Verfügungsverfahren: auch und gerade im Wettbewerbsrecht, Zugleich Anmerkung zu *BVerfG*, 30.9.2018 – 1 BvR 2421/17 und *BVerfG*, 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP

Verkehrsteilnehmer aus Sorge, im Falle eines unterbleibenden Verfügungsantrags die Kosten nicht ersetzt zu bekommen, meist vor der Hinterlegung einer Schutzschrift zurück.¹⁹⁵ Nach § 13 Abs. 5 UWG hat der unberechtigt Abgemahnte gegen den Abmahnenden nun aber einen Ersatzanspruch bezüglich der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist diese Vorschrift für Abmahnungen relevant, die nicht der gerichtlichen Klärung zugeführt werden.¹⁹⁶ Hierunter können die Kosten der Schutzschrift subsumiert werden,¹⁹⁷ sodass der Abgemahnte diese über § 13 Abs. 5 UWG ersetzt verlangen kann, wenn der Abmahnende doch keinen Verfügungsantrag bei Gericht stellt.

4. Zwischenergebnis: Kontradiktorisches Verfügungsverfahren

Im Ergebnis haben die Fachgerichte das Verfügungsverfahren als kontradiktorisches zwischen gleichberechtigten Parteien zu führen: Antragsgegner müssen durch die Gerichte einbezogen werden. Ausnahmen gelten nur dann, wenn die Antragsgegner bereits zuvor eine Äußerungsmöglichkeit hatten.

II. Rechtspolitische Lösungen auf fachgerichtlicher Eben

Um die Ohnmacht des Antragsgegners im Verfügungsverfahren zu beseitigen, wenn das Fachgericht gegen die Leitlinien des *BVerfG* verstößt, sind rechtspolitische Lösungen zu suchen.

Eine Sicherheitsleistung des Antragstellers beseitigte nicht das Problem fehlenden Primärrechtsschutzes (1.). Eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wiederum verschafft der Ohnmacht des Antragsgegners keine effektive Abhilfe (2.). Ein Ausgleich der Interessen beider Parteien kann aber mittels Einführung einer Waffengleichheitsbeschwerde erzielt werden (3.). Hieraus folgt weiterer rechtspolitischer Handlungsbedarf (4.).

2019, 8 (14), Rn. 41: „Ob Schutzschriften zukünftig an Bedeutung verlieren werden, weil sie meist die gleichen Ausführungen enthalten wie eine Antwort auf Abmahnungen, bleibt abzuwarten.“

¹⁹⁵ Bisher ließ der *BGH* den Kostenersatz nur über § 91 ZPO zu, wenn ein entsprechender Verfügungsantrag bei Gericht einging, *BGH*, Beschl. v. 13.2.2003 - I ZB 23/02, NJW 2003, 1257; vgl. auch *Stöve* (Fn. 194).

¹⁹⁶ BT-Drucks. 19/12084, S. 31 (32 f.), Zu Absatz 5.

¹⁹⁷ *Stöve* (Fn. 194).

1. Sicherheitsleistung durch Antragsteller

Eine Sicherheitsleistung des Antragstellers würde der vermögensmäßigen Absicherung des Antragsgegners dienen.¹⁹⁸ Nach §§ 921 S. 2, 936 ZPO¹⁹⁹ können die Gerichte die Anordnung der Verfügung trotz Glaubhaftmachung von einer bestimmten Sicherheitsleistung durch den Antragsteller abhängig machen.²⁰⁰ Verschiedene *Fachgerichte*²⁰¹ verlangten bislang, dass der Antragsteller eine Sicherheitsleistung erbringt, die die aus § 945 ZPO ergebenden Schadenersatzansprüche des Antragsgegners absichert.²⁰² Die *Gerichte* argumentierten, die Vollziehung einer Unterlassungsverfügung könne keinen geringeren Anforderungen unterliegen als die Vollstreckung eines erstinstanzlichen Unterlassungsurteils, denn wegen der eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten im Eilverfahren sei nicht ausgeschlossen, dass sich die Verfügung im Hauptsacheverfahren als ungerechtfertigt erweist.²⁰³

Wird eine Sicherheitsleistung *vor* dem Erlass der Verfügung gefordert, kann sie allein zu einem vermögensmäßigen Ausgleich führen, wobei erneut die Bezifferung der Schäden im Presse- und Lauterkeitsrecht äußerst schwierig bleibt.²⁰⁴ Darüber hinaus beseitigt sie aber gerade nicht die Verletzung des Prozessgrundrechts; bietet also keinen Primärrechtsschutz.

Kann die Sicherheitsleistung im Vorhinein vom Antragsteller nicht geleistet werden, ist der effektive Rechtsschutz des Antragstellers bedroht. Zahlt er dagegen die erforderliche Summe, können Liquiditätsprobleme drohen. Wenn

¹⁹⁸ Ein solches Vorgehen ist im US-amerikanischen Zivilprozessrecht der Standard: Das Gericht kann nach Rule 65 (c) der *Federal Rules of Civil Procedure* eine einstweilige Verfügung nur erlassen, wenn der Antragsteller eine Sicherheit in einer Höhe leistet, die das Gericht als angemessen erachtet, um die Kosten und den Schadenersatz zu begleichen, der einer Partei entsteht, wenn sich die Verfügung als ungerechtfertigt herausstellt.

¹⁹⁹ § 921 ZPO ist auf die einstweilige Verfügung anwendbar, *Huber*, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 936 Rn. 2.

²⁰⁰ Vergleichbar zum deutschen Recht kann in Schottland die einstweilige Verfügung bei besonderer Eilbedürftigkeit ohne Anhörung des Antragsgegners ergehen. Es steht dann im Ermessen des Gerichts, den Erlass der Verfügung von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, *Bunge*, *Zivilprozess in England und Schottland*, 2. Aufl. 2005, § 193 S. 303.

²⁰¹ Nach *Fedderson* (Fn. 2), S. 782 f., Rn. 4 machen die Fachgerichte aber viel zu selten von dieser Möglichkeit gebrauch; Gedanke auch bei *Retzer*, *Widerlegung der „Dringlichkeitsvermutung“ durch Interessenabwägung?*, GRUR 2009, 329 (333).

²⁰² *LG Düsseldorf*, Urt. v. 23.10.2018 – 4c O 53/18, BeckRS 2018, 26337, Rn. 112; *KG Berlin*, Urt. v. 26.6.2003 – 2 U 20/02 Kart, WRP 2004, 112 (116 f.).

²⁰³ *LG Düsseldorf*, Urt. v. 23.10.2018 – 4c O 53/18, BeckRS 2018, 26337, Rn. 112.

²⁰⁴ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 22.1.2021 – 1 BvR 2793/20, NJW 2021, 2018 (2019), Rn. 19.

der Antragsteller zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist, aber die Voraussetzungen für eine Verfügung unzweifelhaft vorliegen, käme die Anordnung einer Sicherheitsleistung sogar einer Rechtsverweigerung nahe.²⁰⁵ Je nach Schwere des dem Antragsgegner drohenden Schadens ist jedoch im Einzelfall in Kauf zu nehmen, dass ein zur Sicherheitsleistung nicht fähiger Antragsteller den Verfügungsantrag nicht stellen kann.²⁰⁶ Hier ist eine Abwägung der den Parteien jeweils drohenden Beeinträchtigungen und der Möglichkeiten des Antragstellers, Sicherheit zu leisten, vorzunehmen.²⁰⁷

Letztlich macht eine Sicherheitsleistung *nach* Verfügungserlass die Verletzung der prozessualen Waffengleichheit gegenstandslos, wenn die Sicherheitsleistung nicht erfolgt. Erfolgt sie dagegen, kommt es erneut höchstens zu einem Vermögensausgleich, jedoch nicht zu Primärrechtsschutz.

2. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung

Eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wiederum verschafft der Ohnmacht des Antragsgegners im Verfügungsverfahren keine effektive Abhilfe.

a) Gegen Sicherheitsleistung

Die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung kann durch Antrag auf Aufhebung – ohne den Gang ins Widerspruchsverfahren – nur unter besonderen Umständen und gegen Sicherheitsleistung gestattet werden, vgl. § 939 ZPO. In der Folge wird die Belastung durch den Verfahrensfehler (aufgrund der fehlenden Einbeziehung) nur mildernd ersetzt durch die Belastung einer Sicherheitsleistung. Diese setzt aber einen bezifferbaren Schaden seitens des Stellers des Antrags auf einstweilige Verfügung voraus. Auch hier dürfte die Bezifferung in presse- und lauterkeitsrechtlichen Fällen regelmäßig nicht möglich sein.

Wird Widerspruch eingelegt, verweist § 936 ZPO grundsätzlich auch auf den einstweiligen Vollstreckungsschutz nach § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO.²⁰⁸ Jedenfalls kann das Gericht nach § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO nur eine einstweilige Anordnung nach § 707 ZPO treffen; § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO ist dagegen nicht anzuwenden. Auch hiernach müsste der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens aber

²⁰⁵ *Drescher*, in: MüKo-ZPO (Fn. 181), § 921 Rn. 4.

²⁰⁶ Auch § 710 ZPO ist hier nicht entsprechend anwendbar, *OLG Köln*, *Entsch. v. 14.4.1989 – 4 W 7/89*, MDR 1989, 920; *Mayer*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 44, Stand: 1.3.2022, § 921 Rn. 3; *Vollkommer*, in: Zöller (Fn. 59), § 921 Rn. 7.

²⁰⁷ *Mayer*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 206), § 921 Rn. 3.

²⁰⁸ *Ebd.*, § 936 Rn. 11.

Sicherheit leisten; das ursprüngliche Übel (Verfahrensfehler) wäre also nur durch ein anderes (Sicherheitsleistung) ersetzt.

b) Ohne Sicherheitsleistung

Möglich wäre, für die einstweilige Verfügung auch § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO in den Verweis des § 924 Abs. 3 S. 2 ZPO miteinzubeziehen.²⁰⁹ Denn nur unter den Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 S. 2 ZPO ist eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung zulässig; allerdings muss glaubhaft gemacht werden, dass der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Die Einstellungsanordnung nach § 707 Abs. 1 ZPO wirkt, wenn sie von vornherein zeitlich begrenzt war, bis zum Ablauf der Frist; ansonsten endet sie mit Erlass der Endentscheidung der Instanz.²¹⁰ Wird eine solche Frist gesetzt, könnte sich der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens zwar äußern, wäre aber immer noch nicht in die Entscheidung in der Sache einbezogen.

Selbst wenn der Gesetzgeber die Beschränkung des § 924 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 ZPO insoweit aufweichen würde, könnte die Missachtung von Verfahrensrechten als solche nicht geltend gemacht werden. Der Verfahrensfehler, unter dem die Verfügung zustande kam, wäre nicht beseitigt; der Antragsgegner des Verfügungsverfahrens nur mangels Vollzugs der Verfügung nicht weiterhin durch die Verletzung seines Rechts auf Waffengleichheit belastet.

Jedenfalls wäre eine aufschiebende Wirkung bis zur Sachentscheidung im Widerspruchsverfahren nicht notwendig, um das Recht des Antragsgegners auf prozessuale Waffengleichheit zu schützen; ausreichend wäre eine Aufschiebung, bis das Gericht unter Einbeziehung des Antragsgegners eine Entscheidung getroffen hat. Gleichzeitig würde die lange Wirkung aber den Antragsteller bis zur Entscheidung im Widerspruchsverfahren schutzlos stellen und damit seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht genüge tun.

Vorzugswürdig ist deshalb ein Rechtsbehelf, der eine kurzzeitige aufschiebende Wirkung hat, um dem Antragsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme, mithin zur

²⁰⁹ *Mantz* hält eine Ergänzung der Vorschriften zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung in §§ 924, 707 Abs. 1 S. 2 ZPO durch den Gesetzgeber für denkbar, *Mantz*, Konkretisierung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit durch das *BVerfG*, NJW 2020, 2007 (2007), Rn. 7.

²¹⁰ *Götz*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 707 Rn. 10, 20; *Lackmann*, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 707 Rn. 11.

Verteidigung seines Rechts auf prozessuale Waffengleichheit zu geben, und dann unter Berücksichtigung dessen nochmal eine Entscheidung erfordert. Hierfür dürften regelmäßig ein bis zwei Tage genügen. Denn meist hat der Antragsgegner sich zuvor schon im Wege der Abmahnung mit den Vorwürfen des Antragstellers auseinandergesetzt und wird nun zu den Ergänzungen Stellung nehmen. Im Ergebnis wäre so eine Balance zwischen dem Recht des Antragstellers auf effektivem Rechtsschutz und dem Recht des Antragsgegners auf prozessuale Waffengleichheit geschaffen.

3. Waffengleichheitsbeschwerde

Eine solche Wirkung könnte mittels Einführung einer Beschwerde zur Rüge der Waffengleichheit erzielt werden.²¹¹

Hat das Gericht eine einstweilige Verfügung erlassen, ohne dem Antragsgegner zuvor Gelegenheit zu geben, seine prozessualen Waffen zu schwingen, könnte der Antragsgegner unmittelbar den Verfahrensfehler im Wege der Waffengleichheitsbeschwerde rügen. Nach kurzer Prüfung der Schlüssigkeit dieses Vortrags wäre die Wirkung der einstweiligen Verfügung zunächst ohne weitere Prüfung aufzuheben und dem Antragsgegner eine kurze Frist zur Stellungnahme zu setzen. Die kurze Schlüssigkeitsprüfung und das Setzen einer knappen Frist schaffen einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz und dem Schutz des Antragsgegners vor Verfahrensfehlern. Bei der Schlüssigkeitsprüfung hätten sich die Fachgerichte an den verfassungsgerichtlichen Leitlinien zur Wahrung der Waffengleichheit im Verfügungsverfahren zu orientieren. Nach Stellungnahme des Antragsgegners würde das Gericht dann erneut über die Wirksamkeit der Verfügung entscheiden.

Denkbar wäre, die Waffengleichheitsbeschwerde ähnlich der sofortigen Beschwerde nach §§ 567 ff. ZPO zu gestalten. Nach § 572 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, der Beschwerde abzuhelpen, wenn es sie für begründet hält; andernfalls ist die Beschwerde unverzüglich dem Beschwerdegericht vorzulegen. Wie bei der sofortigen Beschwerde würde auch bei der Waffengleichheitsbeschwerde die generelle Abhilfebefugnis des *index a quo* der Selbstkontrolle des erstinstanzlichen Gerichts und damit zugleich der Verkürzung des Verfahrens und der Entlastung der

²¹¹ Namentlich *Vollkommer*, Rechtliches Gehör: Verletzung der prozessualen Waffengleichheit bei Beschlussverfügung ohne Anhörung des Gegners, MDR 2020, 904 (906) fordert eine solche „Waffengleichheits-Beschwerde“.

Beschwerdegerichte dienen.²¹² Eine reine Konzentration auf oberlandesgerichtliche Ebene ist nicht sinnvoll.²¹³ Es wäre im Ergebnis effizienter und entspräche dem Eilcharakter des Verfügungsverfahrens, die Beschwerde zunächst beim Ausgangsgericht zu prüfen.

4. Allgemeiner rechtspolitischer Handlungsbedarf

Im Ergebnis kann nur eine Waffengleichheitsbeschwerde der bislang bestehenden Ohnmacht des Antragsgegners abhelfen und gleichzeitig einen Ausgleich der Interessen der Parteien schaffen. Jedoch ist damit zu rechnen, dass Antragsgegner im Falle einer vor Verfügungserlass unterbliebenen Einbeziehung diese stets rügen werden. In der Folge müssten die Gerichte die kurze Schlüssigkeitsprüfung durchführen, eine Frist setzen, das Vorbringen des Antragsgegners berücksichtigen und dann erneut entscheiden. Dabei hätte das Gericht äußerst zügig vorzugehen, um das Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz zu wahren. Dies führte offensichtlich zu einer erheblichen Mehrbelastung und einer Verzögerung anderer Verfahren.²¹⁴ Schafft der Gesetzgeber eine Waffengleichheitsbeschwerde, ergibt sich also weiterer Handlungsbedarf, das Verfügungsverfahren effizienter zu gestalten.

E. Zusammenfassung

Die fachgerichtliche Praxis einstweiliger Verfügungen kann Antragsgegner vor zwei Probleme stellen, die sie prozessual ohnmächtig machen (**B. IV.**):

1. Die Fachgerichte verfügen regelmäßig, ohne dass der Antragsgegner (auch vorgerichtlich) je einbezogen worden ist. Dieses *ex parte*-Beschlussverfahren verletzt den Antragsgegner in seinem Recht auf prozessuale Waffengleichheit.
2. Der Antragsgegner kann seine fehlende Einbeziehung jedoch nicht vor den Fachgerichten rügen, schon weil dieser Verfahrensverstoß aufgrund der Heilungsmöglichkeit im Widerspruchsverfahren bei keinem der fachgerichtlichen Rechtsbehelfe geprüft wird.

Das *BVerfG* versucht den Problemen im Verfügungsverfahren entgegenzuwirken, indem es zwei verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe zulässt:

²¹² Siehe zur sofortigen Beschwerde: *Ball*, in: Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 572 Rn. 1.

²¹³ Nach *Vollkommer* (Fn. 211), S. 906 soll sich die Beschwerde auf oberlandesgerichtliche Ebene konzentrieren.

²¹⁴ Vgl. *Mantz* (Fn. 209), S. 2009, Rn. 16.

1. Der Antragsgegner kann im Wege der Verfassungsbeschwerde einen Verstoß gegen sein Recht auf prozessuale Waffengleichheit feststellen lassen, auch nachdem über seinen fachgerichtlichen Rechtsbehelf entschieden ist. Hierfür muss er aber regelmäßig ein hinreichend gewichtiges Feststellungsinteresse, mithin einen systematischen Verstoß des Fachgerichts, darlegen (**C. II. 2.**).
2. Mittels Eilanordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann der Antragsgegner erreichen, dass das *BVerfG* die gegen ihn erlassene Verfügung aufhebt oder außer Vollzug setzt, bis über seinen fachgerichtlichen Widerspruch entschieden ist (**C. II. 3.**).

Das *BVerfG* kann und will aber keinen Individualrechtsschutz leisten, sondern die Fachgerichte zur Änderung ihrer Praxis bewegen. Auch um das *BVerfG* zu entlasten, ist die Lösung auf fachgerichtlicher Ebene zu suchen:

1. *De lege lata* haben sich die Fachgerichte an die verfassungsgerichtlichen Leitlinien zu halten und das Verfügungsverfahren als kontradiktorisches zu führen. Denn prozessuale Waffengleichheit gebietet Einbeziehung, keine Geheimverfahren (**D. I.**).
2. *De lege ferenda* ist vom Gesetzgeber eine fachgerichtliche Waffengleichheitsbeschwerde einzuführen. Der Antragsgegner erhielte so auch außerhalb des § 32 Abs. 1 BVerfGG Primärrechtsschutz und wäre nicht bloß auf Schadensersatz verwiesen (**D. II. 3.**).